

PAPELES DE DISCUSIÓN IELAT

**Nº 14 – Octubre
2015**

“Las reglas de subcapitalización y limitación en la deducibilidad en los gastos financieros en la legislación española”



**José David Lorrio
González**

Trabajo Fin de Grado

Las reglas de subcapitalización y limitación en la deducibilidad en los gastos financieros en la legislación española

Autor:

José David Lorrio González

Tutor:

Dr. D. Manuel Jesús Lucas Durán



**Universidad
de Alcalá**

INSTITUTO DE ESTUDIOS
LATINOAMERICANOS (IELAT)

Estos papeles de discusión del IELAT están pensados para que tengan la mayor difusión posible y que, de esa forma, contribuyan al conocimiento y al intercambio de ideas. Se autoriza, por tanto, su reproducción, siempre que se cite la fuente y se realice sin ánimo de lucro. Los documentos son responsabilidad de los autores y su contenido no representa necesariamente la opinión del IELAT. Están disponibles en la siguiente dirección: [Http://www.ielat.es](http://www.ielat.es)

Instituto de Estudios Latinoamericanos
Universidad de Alcalá
C/ Trinidad 1
Edificio Trinitarios
28801 Alcalá de Henares – Madrid
www.ielat.es
ielat@uah.es

Consultar normas de edición en el siguiente enlace:
<http://www.ielat.es/inicio/repositorio/Normas%20Working%20Paper.pdf>

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY
Hecho en España
Made in Spain
ISSN 2254-1551

Consejo Editorial

David Corrochano
Yurena González Ayuso
David Montero Pérez
Eva Sanz Jara
Inmaculada Simón
Lorena Vásquez González
Guido Zack

PRESENTACIÓN

El presente trabajo ha sido desarrollado durante el 5º curso del doble Grado en Derecho y Administración de Empresas. El trabajo se ha realizado en colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá y ha sido supervisado por el Dr. D. Manuel Jesús Lucas Durán.

INDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUCCIÓN	2
2. NOCIÓN DE SUBCAPITALIZACIÓN Y LA PROBLEMÁTICA DE LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS:.....	6
2.1. Evolución de la legislación española sobre subcapitalización y limitación en la deducibilidad de los gastos financieros.	7
2.2. Concepto de subcapitalización y de limitación en la deducibilidad de gastos financieros... ..	12
2.3. Diferencia entre subcapitalización y operaciones vinculadas:.....	16
2.4. Análisis del Borrador del Plan de Acción 4 del proyecto BEPS de la OCDE	17
3. MEDIDAS PARA EVITAR LA SUBCAPITALIZACIÓN Y MEDIDAS DE LIMITACIÓN EN LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN ESPAÑA:.....	23
3.1. La normativa en Territorio común:	24
3.1.1. Deducibilidad de los gastos financieros en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo y Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio:	25
3.1.2. Limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre:	37
3.2. La normativa en Territorio Foral:	47
3.2.1. Navarra:.....	47
3.2.2. País Vasco:.....	52
4. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y COMPATIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA CON LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN:	58
4.1. Análisis constitucional:	58
4.2. Compatibilidad de la legislación española con los convenios para evitar doble imposición:....	61
5. CONCLUSIONES:	63
6. BIBLIOGRAFÍA:	66
7. LISTA DE PÁGINAS WEB VISITADAS:.....	69
8. JURISPRUDENCIA:.....	70
9. ANEXO:	71

LISTA DE ABREVIATURAS

art. / arts.	artículo / artículos
BRICS	Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BICCIS	Base Imponible Consolidada Común del Impuesto de Sociedades
CAN	Comunidad Autónoma de Navarra
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasca
Cfr.	<i>Confer</i> (compárese)
DGT	Dirección General de Tributos
doc. / docs.	Documento / documentos
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (y otros)
etc.	etcétera
ibid.	<i>ibídem</i> (allí mismo, en el mismo lugar)
id.	<i>idem</i> (el mismo, lo mismo, la misma)
IS	Impuesto de Sociedades
loc. cit.	<i>loco citato</i> (en el lugar citado)
MCOCDE	Modelo de Convenio OCDE
N.B.	<i>nota bene</i> (observa, notese bien, prestese atención)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
op. cit.	<i>opere citato</i> (en la obra citada)
p. / págs.	página / páginas
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RDL	Real Decreto-ley
s. / ss.	siguiente / siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el “Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades”
UE	Unión Europea

Transparencia Fiscal Internacional

Cristina Bernal Álvarez

Resumen

El trabajo tiene por finalidad realizar un estudio comparativo de las reglas de subcapitalización y la limitación de los gastos financieros en el Derecho español. Se hace una especial referencia a la normativa del País Vasco y Navarra.

Palabras clave

Subcapitalización, Gastos financieros, Intereses, Dividendos, Gastos deducibles.

Abstract

The paper is intended to conduct a comparative study of thin capitalization rules and limitation of financial expenses in the Spanish law. It takes a special reference to the regulations of the Basque country and Navarra.

Key Words

Thin capitalization, Financial expenses, Interests, Dividends, Deductible expenses.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la crisis económica global ha provocado que numerosos Estados estén realizando un soberano esfuerzo para evitar que ingentes cantidades de dinero escapen al control del fisco y evitar la disminución en la recaudación de impuestos en cada uno de los Estados.

Muchos son los medios de eludir el pago de impuestos, desde los más sencillos y cotidianos, que no por ser común son menos dañinos, hasta complejos sistemas utilizados por las grandes compañías internacionales que se sirven de las asimetrías de las normativas nacionales e internacionales.

En este trabajo, nos centraremos en el estudio de un punto muy específico de la fiscalidad internacional, del que existe numerosa literatura debido a la importancia que ha tenido en los últimos años. El objeto de esta investigación son las reglas para evitar la subcapitalización¹ y las reglas de limitación en la deducción de los gastos financieros.

La problemática se origina en un aspecto muy concreto de la Ley del Impuesto de Sociedades cuya regulación tan sólo abarca un artículo, aunque de gran importancia. Ambos regímenes², buscan evitar la erosión de las bases imponibles de las sociedades. ¿Pero cómo es posible tal erosión? Adelantamos que se lleva a cabo mediante el “disfraz o camuflaje” de los dividendos, para que parezcan intereses a los ojos de la legislación fiscal. Este camuflaje se consigue artificiosamente, adquiriendo sentido debido al diferente trato dado a los dividendos e intereses, desde un punto de vista tributario. La ventaja de denominar una transacción como interés en lugar de hacerlo como dividendo se encuentra en la posibilidad de deducir de la base imponible los intereses pagados por una sociedad, como coste de su financiación ajena. Sin embargo, los dividendos no son por lo general deducibles.

¹ A lo largo de las lecturas de los documentos sobre el tema realizados por especialistas y organismos internacionales, el autor ha podido encontrar diferentes términos para referirse al concepto de subcapitalización, tales como infracapitalización, capitalización exigua, capitalización delgada o el término anglosajón *thin capitalisation*.

² Con ambos regímenes nos referimos, en primer lugar a las reglas para evitar la *subcapitalización* recogidas en la legislación española hasta el año 2012 (apartado 9 del artículo 16 de la Ley 61/1978 del Impuesto sobre Sociedades –introducido por la Disposición Adicional quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; art. 20 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; art. 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades -TRLIS-). Y en segundo lugar, a las reglas de *limitación en la deducibilidad de gastos financieros* que entró en vigor en 2012 (art. 20 TRLIS redactado conforme lo dispuesto en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad) y que permanece vigente en la actualidad (art. 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades).

Las reglas de subcapitalización y de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros son reacción en contra de los complejos actos llevados a cabo por las grandes sociedades para conseguir ese camuflaje al que aludíamos en el párrafo anterior. Estas complejísticas acciones, denominadas actos de “ingeniería fiscal”, consisten en el estudio detallado de los entresijos de las normativas fiscales³, con el fin de encontrar una laguna legal de la que se puedan beneficiar. Para ello se valen de “mecanismos engañosos activos que tienden a la ocultación de la autentica capacidad económica (...) que conllevan una maliciosidad”⁴, sin embargo, tales actuaciones no infringen la Ley. Adelanto que no cualquier compañía tiene capacidad para ejecutar tales acciones, sólo las más grandes y poderosas, debido al inmenso coste (desde un punto de vista de diseño de un entramado societario) que esto supondría para una pequeña y mediana empresa. Coste, que por otro lado, no podría verse “recompensado” con una menor tributación, ya que es necesario que dicha sociedad estuviera presente en al menos dos Estados, lo cual es más difícil para una PYME.

Como en cualquier otro medio utilizado para la elusión fiscal, su objetivo único es evitar participar en los ingresos fiscales de que dispondrán los Estados para hacer frente a las cargas. Cargas de las que no dudaran en beneficiarse en forma de subvenciones, ayudas, etc. Al lector le puede surgir la siguiente pregunta, ¿tal actuación no supondría una doble moralidad por parte de las compañías elusoras de impuestos, aun actuando dentro de la legalidad? Por supuesto que sí, y se hace aún más sensible en situaciones de crisis económica como la existente en el momento de escribir estas líneas, en la que son las familias las que soportan vía incremento de impuestos, esa falta de financiación que sufren los Estados⁵. En la misma línea se manifestó el Tribunal Constitucional expresando que lo que la administración deje de recaudar por la elusión

³ Es preciso realizar una diferenciación entre los términos evasión y elusión fiscal, ya que en ocasiones pueden ser confundidos. En tal sentido, Carlos María Folco define la evasión fiscal como “todo acto u omisión que, en contradicción con la ley fiscal aplicable al mismo, provoca indebidamente la disminución o eliminación de la denominada carga tributaria”. Vid. FOLCO, C.M., “El fenómeno de la evasión fiscal”. En: FOLCO C. M., ABRALDES S. F. y LOPEZ BISCAYART J., *Ilícitos Fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria. Ley 25.874*, Buenos Aires, ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, pág. 17. A diferencia de la evasión, en la elusión no hay un ilícito tributario, los contribuyentes utilizan los resquicios de la legislación actuando dentro de los márgenes permitidos por la norma. Vid. ARIEL REZZOAGLI, B., “Ilícitos tributarios: diferenciación entre evasión, defraudación y elusión”, 2009. (en línea) http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/10_feb_09/ILICITOSpdf.pdf (consulta 26 de marzo de 2015).

⁴ LUCAS DURÁN, M. J., “Coordinación en el seno de la Unión Europea para luchar contra el fraude y elusión fiscales: viejas y nuevas medidas”. En: ADAME MARTÍNEZ F. y RAMOS PRIETO J. (coord.) *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, 2014, pág. 619.

⁵ Esta problemática se hace patente en los medios de comunicación, como podemos observar en el siguiente informe: <http://www.oxfamintermon.org/es/que-hacemos/proyectos/desigualdad> , <http://www.economist.com/topics/tax-evasion-and-fraud> (visitado el 4 de julio de 2015).

fiscal de unos, tendrá que ser soportado por aquellos que sí hacen frente al pago de sus obligaciones para con la Administración⁶.

En otro orden de cosas, será objeto de estudio en este trabajo, la evolución de las normativas en territorio común y en los territorios forales, analizando las primeras reglas de subcapitalización desde una perspectiva más general debido a su eliminación en la generalidad del territorio español (salvo en el País Vasco, como ya estudiaremos) y las reglas de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros (que como veremos derogaron las reglas para evitar la subcapitalización en territorio de régimen común y en Navarra) contenidas en los Reales Decretos-ley 12/2012 de 30 de marzo y 20/2012 de 13 de junio, y en la Ley 27/ 2014 de 27 de noviembre, que regula el actual Impuesto de Sociedades (en Navarra, cfr. Ley Foral 10/2012, 15 junio, por la que se introducen diversas medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos públicos). A lo largo del estudio, se hacen continuas menciones a las legislaciones alemana, italiana, neerlandesa, finlandesa y francesa que regulan esta particular limitación de deducibilidad de gastos financieros.

Deberemos mencionar una serie de sentencias del Tribunal de Justicia Europeo (en adelante STJUE), necesarias para comprender la evolución normativa de estos regímenes normativos en el ámbito de la Unión Europea (en adelante UE). Estas Sentencias fueron moldeando las legislaciones nacionales para conseguir su compatibilidad con el Derecho de la UE⁷.

Numerosos han sido los esfuerzos de la OCDE y de la UE por encontrar “la solución” al grave problema de la erosión de las bases imponibles por parte de los lobbies. La OCDE está llevando a cabo el plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*)⁸,

⁶ Se recoge en el FJº 3 de la STC 110/1984, de 26 de noviembre lo siguiente: lo que “unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o menos posibilidades de defraudar”.

⁷ Es necesario precisar que sólo el Derecho de la UE es estrictamente un ámbito jurídico que obliga a los Estados Miembros, mientras que el Derecho Internacional incide desde una perspectiva bilateral.

⁸ Este proyecto y plan de acción ha recibido el impulso del G-20 y de algunos de los principales países emergentes (BRICS). La iniciativa se ha estructurado en 15 acciones que deben incluir recomendaciones para realizar cambios en normas unilaterales y bilaterales. Estas medidas proporcionarán a los países las herramientas que necesitan para asegurar que se graven las ganancias allá donde se lleva a cabo la actividad económica y donde se crea valor. La OCDE publicó el 16 de septiembre de 2014 su primer informe al respecto en el que se recogen los avances de 7 de las 15 acciones, de los cuales sólo dos de esos informes son definitivos. En septiembre de 2015 se aprobarán las otras 8 acciones restantes. Las acciones son las siguientes:

Acción 1: Identificación de las principales dificultades que la economía digital plantea para la aplicación de tributos.

Acción 2. Neutralización de los efectos de instrumentos o entidades híbridos generadores de doble no imposición, doble deducción o diferimiento.

Acción 3: Recomendaciones sobre el diseño de normas de Transparencia Fiscal Internacional (TFI/CFC).

Acción 4: Reglas que prevengan la erosión de bases imponibles a través de pagos de intereses y otros gastos financieros excesivos.

Acción 5: Contrarrestar las prácticas de competencia fiscal lesiva de manera más efectiva, tomando en consideración la transparencia y sustancia.

que establece simples recomendaciones, cuyo cumplimiento no es obligatorio. Más adelante estudiaremos en mayor profundidad el Borrador⁹ al plan de acción 4 de la OCDE, sobre reglas para la prevención de la erosión de las bases imponibles a través de gastos financieros, y los comentarios públicos al Borrador. La UE fue más allá, la Comisión propuso el establecimiento de una base imponible consolidada común del impuesto de sociedades, aunque tal propuesta de Directiva no fue aprobada. Lo que se pretendía, era armonizar la fiscalidad empresarial de los Estados miembro¹⁰, para evitar que se desatara una competencia fiscal entre los Estados miembro para atraer a las grandes Multinacionales.

También será objeto de estudio en este trabajo el análisis de constitucionalidad de las reglas para evitar la subcapitalización y las reglas de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros. Estudiaremos ambos regímenes a la luz del artículo 31.1 de la Constitución Española, que establece el principio de capacidad económica¹¹.

Concluiremos este trabajo con el estudio de la compatibilidad de la legislación española con los convenios de doble imposición, para lo que será necesario el estudio de los artículos 9, 10, 11 y 24 del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante MCOCDE).

Acción 6: Prevención del abuso de CDIs.

Acción 7: Impedir los comportamientos que evitan de manera artificial el establecimiento permanente en el país fuente.

Acciones 8 a 10: Dirigidas a evitar un uso indebido por las multinacionales del estándar «arm's-length»

Acción 11: Desarrollo de metodologías para recopilar y analizar datos sobre BEPs y las acciones para atacar este fenómeno.

Acción 12: Obligación de los contribuyentes de revelar sus esquemas de «planificación fiscal agresiva».

Acción 13: Necesidad de reexaminar la documentación de precios de transferencia.

Acción 14: Mejora de los procedimientos internacionales de resolución de disputas.

Acción 15: Desarrollo de un instrumento multilateral.

Vid. MARÍNEZ JIMÉNEZ A. J., y CALDERÓN CARRERO J. M., “El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS) ¿Final, el principio del final o el final del principio?”. *Quincena Fiscal* núm.1-2/2014.

⁹ El estudio realizado sobre la acción 4 del proyecto BEPS, se realiza sobre el Borrador y no sobre las propuestas definitivas. Está previsto que en septiembre de 2015 se aprueben definitivamente estas propuestas, por lo que el análisis realizado en este trabajo puede variar con respecto al texto final que se adopte en el seno de la OCDE.

¹⁰ Cfr., a título de ejemplo: Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 relativa a una “base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)”, COM (2011) 121 final. Y recomendación de la Comisión del 6 de diciembre de 2012 relativa a la planificación fiscal agresiva, C (2012) 8806 final.

¹¹ Artículo 31.1 CE: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.



2. NOCIÓN DE SUBCAPITALIZACIÓN Y LA PROBLEMÁTICA DE LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS:

Son dos las vías por las que una compañía se puede financiar: mediante recursos propios (capital) y/o recursos ajenos (deuda). La remuneración de los primeros se suele denominar dividendos, y de los segundos, intereses. Pero, ¿qué importancia tiene el modelo de financiación de una compañía, sobre un asunto que, a simple vista, puede parecer tan alejado como es la regulación fiscal? Pues bien, esta decisión tendrá un gran impacto en la recaudación por los Estados del impuesto sobre los beneficios obtenidos por las compañías. Dado que los Estados suelen permitir una deducción por los intereses pagados sobre la base imponible, cuanto más alto sea el nivel de deuda de una empresa, mayor será la cantidad de interés que paga, mayores serán los gastos de financiación y, en consecuencia, menor será su beneficio. Por esta razón, la deuda es a menudo un método de financiación más eficiente desde una perspectiva fiscal que los recursos propios¹². A este respecto, “cuando una compañía está financiada en un alto porcentaje mediante recursos ajenos en comparación con su capital, se dice que está infracapitalizada o subcapitalizada” (traducción del autor)¹³.

Para contrarrestar cualquier ventaja fiscal que el contribuyente puede obtener de la infracapitalización o subcapitalización, y proteger los ingresos del Estado frente a la pérdida de impuestos, la ley puede tratar a determinados pagos, que a priori tienen naturaleza de interés, como dividendos. La consecuencia de este tratamiento es la privación al pagador de una deducción sobre la base imponible del Impuesto sobre Sociedades (o, eventualmente, el IRPF –rendimientos de actividades económicas-) por el pago, y también de aplicar las normas que se ocupan de dividendos en lugar de las que se ocupan de intereses. “Cuando el pago es a un no residente, se plantea la cuestión de cómo se vería afectado este ajuste si existiera un tratado fiscal. Si existiera un tratado bilateral en materia fiscal especial, obviamente afectaría a la cuestión, y su impacto dependería de los términos de ese tratado” (traducción del autor)¹⁴.

Debemos tener en cuenta que los sistemas de subcapitalización han sido sustituidos últimamente en algunos países por normas más efectivas a la hora de

¹² Se tiende a la financiación externa frente a la interna debido a un tratamiento distinto de ambas por parte de las normas contables, mercantiles y tributarias. Cfr. CASTRO ARANGO, J.M., “La cláusula antisubcapitalización española: problemas actuales”, *Documentos de trabajo del IELAT* núm. 34, 2012, pág. 2.

¹³ Cfr. *Thin capitalization legislation a background paper for country tax administrations* (en línea) http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin_Capitalization_Background.pdf (consulta el 12 de marzo de 2015).

¹⁴ Cfr. OECD (2010), “R(4). Thin capitalisation”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital 2010*, OECD Publishing. (en línea) http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010/r-4-thin-capitalisation_9789264175181-97-en#page1 (consultado el 27 de marzo de 2015).

proteger las bases imponibles ante gastos financieros tremendamente elevados¹⁵. Es preciso matizar, que aunque la subcapitalización se ha derogado a nivel general en la legislación española, todavía resulta aplicable en los Territorios Históricos del País Vasco, a través de sus normas forales sobre el Impuesto de Sociedades. Y lo mismo ocurre con los países, que han mantenido en su normativa interna la idea de subcapitalización (Reino Unido, Colombia, México, etc.)¹⁶. Esto es, aun derogado en la generalidad del territorio español, es importante conocer el concepto de subcapitalización, lo que nos permitirá entender con mayor facilidad la problemática e importancia de esta cuestión.

2.1. Evolución de la legislación española sobre subcapitalización y limitación en la deducibilidad de los gastos financieros.

Antes de entrar a definir el término de subcapitalización, realizaremos unas referencias históricas que pueden ayudar a entender mejor el concepto. El régimen para evitar la subcapitalización se encontraba regulado inicialmente en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En su Disposición adicional quinta introdujo el apartado 9 al artículo 16 de la **Ley 61/1978** del Impuesto sobre Sociedades, precepto que regulaba las operaciones vinculadas¹⁷. Posteriormente, el concepto pasó a regularse en el artículo 20 de la **Ley 43/1995**, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. La esencia de este precepto era la determinación de la renta de la sociedad sin tener en cuenta las minoraciones que esta hubiese sufrido a causa de las transacciones realizadas entre partes vinculadas, de forma similar a lo que sucedía en la regulación en materia de operaciones vinculadas¹⁸ previsto en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre¹⁹. Tras la STJUE Lankhorst-Hohorst 12 de diciembre de 2002 se hizo necesario modificar la norma para evitar la subcapitalización por contravenir la libertad de establecimiento. Esta modificación se introdujo por la Ley

¹⁵ En el caso de España, tal sistema se instauró por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, elimina la tradicional norma de subcapitalización.

¹⁶Vid. <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/united-kingdom.pdf>, <http://colombia.moorestephens.com/concepto5509316102014.aspx>, <http://actualicese.com/actualidad/2014/03/31/gobierno-modifico-al-decreto-3027-sobre-subcapitalizacion-pero-el-ajuste-solo-aplicaria-en-2014/> (visto el 4 de julio de 2015).

¹⁷ En este precepto se establecía lo siguiente “cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad *no residente y relacionada con ella* (...), exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos”. (énfasis del autor).

¹⁸ Esta idea, extensiva de las operaciones vinculadas a la subcapitalización, fue recogida por COMBARROS VILLANUEVA, V.E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 24 y 25. Y DE LA TORRE DIAZ, F., “La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el RDL 12/2012”. *Actum Fiscal* núm. 63, 2012, págs. 74 a 77. Y también vid. GARCÍA-HERRERA BLANCO C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Estudios fiscales Ministerio de Hacienda, 2001.

¹⁹ Exposición de motivos de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incluyó un cuarto apartado en el artículo 20²⁰.

La STJUE *Lankhorst-Hohorst* 12 de diciembre de 2002 (asunto C-324/00)²¹. Tal resolución se dictó en el conflicto surgido en la sociedad alemana *Lankhorst-Hohorst GmbH*, cuando esta recibió un préstamo en condiciones favorables de una sociedad holandesa, la cual era el único socio de otra sociedad también holandesa, que a su vez lo era también de la primera. El Tribunal al que se sometió el litigio (Tribunal Fiscal de Münster), planteó la cuestión prejudicial al TJCE por considerar que la norma alemana discriminaba a las filiales de sociedades no residentes frente a las sociedades residentes. En concreto, se planteaba si esta norma anti-elusión era contraria al principio de libertad de establecimiento.

El TJCE estudió si la medida en conflicto perseguía un objetivo legítimo compatible con el Tratado y si esta medida estaba justificada por razones de interés general. Además, haciendo referencia al principio de proporcionalidad, añade que es exigible que la medida resulte adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y que las medidas adoptadas no excedan lo necesario para alcanzar dicho objetivo. El Tribunal establece que la disminución de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar la medida adoptada en la norma alemana. De esta sentencia puede extraerse que una cláusula de subcapitalización es contraria a la libertad de establecimiento, ya que discrimina a no residentes respecto de residentes²².

La finalidad del préstamo, como reconoció el TJCE, fue un intento de salvar la filial, mediante la reducción al máximo de los gastos de ésta y la consecución de un importante ahorro de intereses bancarios. Y el Tribunal reconoció que “la prohibición de prácticas abusivas carece de pertinencia cuando las operaciones

²⁰El apartado 4 del artículo 20 de la LIS rezaba: “Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal”.

²¹ En el momento en que se suscitó el conflicto ante el Tribunal estaba en vigor el Tratado de Amsterdam y el derecho a la libertad de establecimiento se recogía en los artículos 43 a 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente en los artículos 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). Vid. LUCAS DURÁN, M. J., “[STJCE 12- 12- 2002, *Lankhorst-Hohorst versus Finanzamt Steinfurt*, As. C-324/00. Libertad de establecimiento; normas tributarias sobre subcapitalización; distribución encubierta de beneficios; coherencia del régimen fiscal; evasión fiscal](#)”, *Crónica tributaria*, 2005, págs. 155-163.

²²PALAO TABOADA, C., “La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal”, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 267-269.

en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales”²³.

Como acabamos de ver, el TJCE declaró incompatible la norma alemana que regulaba la subcapitalización, con el derecho de la Unión, ya que contravenía la libertad de establecimiento. La norma homóloga en la legislación española, normalizaba la subcapitalización en términos casi idénticos a los de la norma alemana declarada incompatible. El legislador español entendió que debía modificar el artículo 20 de la Ley 43/1995, ello se produjo con la entrada en vigor de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introduciendo un cuarto apartado en el art. 20 TRLIS:

“Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal”.

De esta manera el régimen anti-subcapitalización contenido en la legislación española sería compatible con el Derecho de la Unión. Pero este nuevo apartado del artículo 20 supuso una vía de escape para casi todas las entidades vinculadas de la UE, sin perjuicio de que pudieran obedecer a montajes puramente artificiales para erosionar la base imponible gravable en nuestro país²⁴.

Con posterioridad se demostró que la reforma introducida en el régimen de subcapitalización por la Ley 62/2003 fue una reforma un tanto atropellada e impulsiva, como se matizó en la STJUE *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de marzo de 2007:

La STJUE, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, (C-524/04)²⁵.

“El litigio se inscribe en la categoría de demanda colectiva, constituida por varias reclamaciones de restitución y/o compensación interpuestas por unos grupos de sociedades contra los *Commissioners of Inland Revenue* ante la *High Court of Justice*. Los demandantes interpusieron las demandas a raíz de la sentencia *Lankhorst-Hohorst*. Las reclamaciones de restitución y/o compensación eran relativas a las desventajas fiscales que se habían producido por haberles aplicado la legislación del Reino Unido, la cual no permitía como deducción de sus beneficios imposables, los intereses abonados y/o de limitar

²³ LUCHENA MOZO, G. M., *La subcapitalización en la Resolución del Consejo de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea, Crónica tributaria-Boletín de actualidad*, núm. 7/2010, pág. 14.

²⁴ Cfr. LUCAS DURÁN, M. J., “Subcapitalización e imposición societaria en el País vasco”. *Fórum Fiscal CISS* núm.201, 2014, pág. 36.

²⁵ El Tratado vigente en el momento en el que se suscitó el conflicto era el Tratado de Niza, permaneciendo vigente el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que no debemos confundir con el de la Comunidad Económica Europea desaparecido con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993.

tal deducción, así como el exceso de impuesto que resultó de la conversión, por dichas sociedades, de fondos tomados a préstamo, en fondos propios”²⁶.

Esta sentencia demostró, como ya hemos apuntado, que la reforma introducida por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre fue precipitada ya que la normativa anti-subcapitalización puede aplicarse aun a otros residentes de la UE, en relación con montajes puramente artificiales sin sustancia económica o sin “finalidad de negocio”²⁷.

Debemos subrayar que en ella se “incide en la validez de la *ratio* fija, afirmando que los intereses abonados por una filial residente, a una matriz no residente se calificarán como beneficios distribuidos si superan lo que dichas sociedades hubieran pactado en condiciones de libre competencia, como si no pertenecieran al mismo grupo de sociedades”²⁸. Pero la sentencia va más allá, al juzgar innecesario y contrario a la lógica y al camino hacia un sistema fiscal armonizado “que el país de la filial residente pueda recalificar intereses pagados por la misma como dividendos, pero el país de la matriz no residente no está vinculado por dicha calificación, pudiendo seguir considerando los mismos como intereses”²⁹.

La Ley 43/1995 fue derogada y sustituida por Real Decreto Legislativo **4/2004**, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido³⁰ de la Ley del Impuesto sobre Sociedades³¹. La modificación de la Ley 43/1995 tuvo como causas principales las

²⁶ Vid. STJUE *Test Claimants in the thin Cap Group Litigation* de 13 de marzo de 2007 (asunto C-524/04), párrafos 16-21.

²⁷ La doctrina de “la finalidad de negocios” es una traducción de la doctrina del *business purpose*. Son un conjunto de doctrinas utilizadas por los tribunales de los Estados Unidos con la finalidad de combatir la elusión fiscal. La doctrina surge de la famosa sentencia *Helvering vs. Gregory* 293 U.S. 465 (1935), del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la que la señora Evelyn F. Gregory único socio de una sociedad A en cuyos activos figuraban acciones de una sociedad B. La señora en cuestión crea una sociedad C para adquirir la sociedad B y luego enajenarla evitando así la calificación de dividendos si lo hubiera adquirido directamente con la sociedad A. El Comisionado negaba la validez de las operaciones y la existencia de la sociedad intermediaria, pero la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció que la sociedad intermediaria era válida, pero que se trataba de una operación carente de finalidad de negocios. El Tribunal lo definió como artificio que no buscaba la reorganización de un negocio, sino para transmitir un paquete de acciones al recurrente.

²⁸ LUCHENA MOZO, G. M., “La subcapitalización en la Resolución del Consejo de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea”, *Crónica tributaria-Boletín de Actualidad*, núm. 7/2010, pág. 14

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ El RDLeg 4/2004 surge como una actualización de una norma que había sido muy enmendada, renumerando preceptos, etc. No afectó a la norma antielusiva de la subcapitalización.

³¹ En este momento entraba en vigor la norma neerlandesa de subcapitalización, en la que no se permitía la deducción de intereses en un grupo cuando el endeudamiento al respecto de los fondos propios no supera el ratio 75:25, es decir, cuando el endeudamiento no excede tres veces de los fondos propios. Dicha norma se aplicaba a las sociedades residentes y no residentes con establecimiento permanente en los Países Bajos y establecimientos permanentes en el extranjero cuando formaran parte de un grupo o tengan endeudamiento con partes vinculadas. Esta norma establecía un *safe harbour* de 500.000 euros. Cfr. RODRIGO CHAQUES, G., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre

reformas de la legislación mercantil y la apertura de nuestra economía a los flujos transfronterizos de capitales y la evolución de los sistemas tributarios en los países de nuestro entorno³². La nueva legislación incrementó la claridad del sistema tributario mediante la integración en un único cuerpo normativo de las disposiciones que afectan a este tributo, contribuyendo con ello a mejorar la seguridad jurídica. Se cuestionó también la compatibilidad con el Derecho de la UE por vulneración del principio de libre circulación de capitales como puso de manifiesto en la STJUE *Itelcar* de 3 de octubre de 2013, como analizamos a continuación:

La **STJUE *Itelcar* de 3 de octubre de 2013** (caso C-282/12). Después de las sentencias anteriores, en las que el conflicto se sustanciaba en torno al principio de libertad de establecimiento, en esta nueva sentencia la piedra angular es el principio de libre circulación de capitales³³.

“*Itelcar* es una sociedad portuguesa dedicada al alquiler de turismos. Hasta 2005 su capital social estaba íntegramente en poder de *General Electric International* (Benelux) BV, sociedad belga en la que GE Capital es titular de más del 10 % de su capital. A partir de 2006 dicha sociedad belga ha sido titular del 99,98 % del capital de *Itelcar* y GE Capital lo ha sido del 0,02 %.

En 2001 entró en vigor un contrato de préstamo celebrado entre *Itelcar* y GE Capital que permite a la primera sociedad utilizar una línea de crédito contra el pago de intereses al tipo Euribor, más un diferencial del 0,5 %.

Itelcar acudió ante el Director General de Impuestos para demostrarle que entre los años 2004 a 2007, el grado de su endeudamiento en relación con GE Capital podría haberse alcanzado en condiciones análogas con una entidad independiente. Mediante dictámenes de 5 de diciembre de 2008 y de 8 de enero de 2009 se hizo patente un exceso de endeudamiento, y el hecho de que no era suficiente la prueba aportada por *Itelcar*.

Itelcar interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo y Fiscal de Sintra ante el órgano jurisdiccional remitente, el cual consideró que la resolución del litigio dependería de la conformidad de las disposiciones pertinentes del CIRC³⁴, con el Derecho de la Unión.”³⁵

Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”. *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2013, pág. 65.

³² Exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se establece el Texto Refundido de la Ley de Sociedades.

³³ Regulado en los artículos 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁴ El Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Código del impuesto de sociedades) en su versión resultante del Decreto-ley nº 198/2001, de 3 de julio de 2001, tal como fue modificado por la Ley nº 60-A/2005, de 30 de diciembre de 2005 (en lo sucesivo, «CIRC»), establece en su artículo 61, las medidas para evitar la “Subcapitalización”.

³⁵ Vid. STJUE *Itelcar* de 3 de octubre de 2013 (caso C-282/12), párrafos del 5 al 11.

En tal resolución, el TJUE declaró que la normativa portuguesa anti subcapitalización era contraria al mencionado principio de libertad de circulación de capitales, con lo que por el mismo motivo habría sido declarado incompatible nuestra normativa. Se cuestionó la compatibilidad del Derecho de la UE respecto a tratos discriminatorios a entidades de terceros Estados, a través de la vulneración del principio ya mencionado. Lo que implica que puede invocarse también por terceros Estados.

El régimen de subcapitalización continuó estando vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley (en adelante RDL) **12/2012** de 30 de marzo. Aunque este RDL y la legislación inmediatamente posterior son objeto de estudio en los siguientes puntos de este trabajo, adelantamos que introduce diversas medidas administrativas y tributarias, que derogan el sistema de subcapitalización “cuyo ámbito de aplicación había quedado muy mermado en 2003 al excluirse su aplicación en el caso de deudas con entidades residentes en la Unión Europea”³⁶, e introduce un nuevo régimen de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Con posterioridad, entró en vigor el RDL **20/2012**, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que modificó y añadió nuevos apartados al artículo 20 del TRLIS.

Por último, debemos mencionar la **Ley 27/2014** de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades de la que debemos reseñar especialmente la nueva reserva de capitalización, así como las modificaciones que se incorporan en el tratamiento de los gastos financieros³⁷.

2.2. Concepto de subcapitalización y de limitación en la deducibilidad de gastos financieros.

Tras el estudio de la evolución de la legislación española, entraremos a analizar el concepto de subcapitalización. A primera vista pudiera pensarse que el concepto de subcapitalización resulta sencillo, pero en absoluto. Se dice que una sociedad está subcapitalizada o infracapitalizada cuando existe una proporción entre fondos propios y endeudamiento que excede de los rangos considerados normales³⁸. Es una ardua tarea

³⁶SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: análisis normativo y comentario crítico”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 33, 2012. (en línea)
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3584/documento/A1.pdf?id=4386> (consultado el 30 de marzo de 2015)

³⁷ Se cambia por segunda vez en poco tiempo el régimen de limitación en la deducibilidad de gastos financieros. Es preciso también referirnos a las SSTs de 1 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 1596/2004), de 17 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 5871/2006) y de 2 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 3181), entre otras, que hacen referencia a la incompatibilidad de la norma antisubcapitalización con los convenios para evitar la doble imposición.

³⁸Cfr. CASTRO ARANGO, J.M., “La cláusula antisubcapitalización española: problemas actuales”, *Documentos de trabajo del IELAT* núm. 34, 2012, pág. 2

la determinación de esos rangos de normalidad. A lo largo de la evolución de las normas reguladoras de la subcapitalización en la legislación española, se han ido modificando los criterios utilizados para la determinación de las sociedades como subcapitalizadas o no³⁹. Por ejemplo en la Ley 43/1995 se aplicaba el ratio 1:3, y se consideraba que una sociedad estaba subcapitalizada si la deuda con otra persona o entidad no residente en territorio español era superior al triple del capital fiscal (capital social más reservas). Sin embargo, en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (en adelante TRLIS) tras la modificación introducida por el RDL 12/2012, se establece un límite a la deducibilidad de los gastos financiero para cada período impositivo. A grandes rasgos este no podría ser superior al 30 por cien del resultado de explotación (modificado en algunas cantidades), con el límite máximo de un millón de euros, como estudiaremos en apartados siguientes. También podríamos estudiar el fenómeno de la subcapitalización desde el punto de vista del Derecho Mercantil⁴⁰.

Según ahondamos en el asunto, su estudio va complicándose ya que, es fácil confundir las normas sobre operaciones vinculadas y las normas sobre subcapitalización y limitación de los gastos financieros, pues tienen una misma finalidad, pero se articulan en términos diferentes⁴¹. Esta confusión es lógica, dado que la primera normativa española sobre subcapitalización estaba integrada en el artículo correspondiente a las operaciones vinculadas y, en cierto modo, las operaciones elusivas que se pretenden evitar suelen implicar vinculación entre prestamista y prestatario.

³⁹ En otras palabras, una sociedad esta infracapitalizada cuando su estructura financiera se basa en recursos ajenos procedentes de entes vinculados y esta financiación supera la capacidad de crédito que la sociedad tendría en una situación de independencia, hablaríamos pues de una financiación anómala. Cfr. SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 26, 2000, p. 28

⁴⁰ Es preciso desarrollar brevemente el concepto desde una visión mercantilista, centrada en aspectos distintos de los que se ocupa el Derecho financiero. El Derecho mercantil en su estudio sobre la infracapitalización, determina que el objeto que persigue este fenómeno es aumentar la responsabilidad de los socios en los casos en los que la dotación de capital que hayan hecho, haya sido insuficiente. Se introduce una fractura en el principio de responsabilidad limitada propio de las sociedades de capital. El problema de la responsabilidad limitada de los socios está en la externalización del riesgo empresarial sobre los acreedores de la sociedad, y esta es la razón por la que se pide una capitalización adecuada. Desde un punto de vista práctico, se traduce en que la infracapitalización determina que si una inversión promete beneficios elevados, por encima del valor de la deuda, la sociedad se apropiará de la mayor parte de las ganancias y, si la inversión falla, los acreedores harán frente a las consecuencias. PAZ-ARES RODRIGUEZ C., “La infracapitalización. Una aproximación contractual”. *Revista de Derecho de sociedades*, núm. Extraordinario, 1994, págs. 253-269.

⁴¹ VEGA BORREGO, F.A., “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario”. *Crónica tributaria*. núm. 104, 2002, págs.89-125.

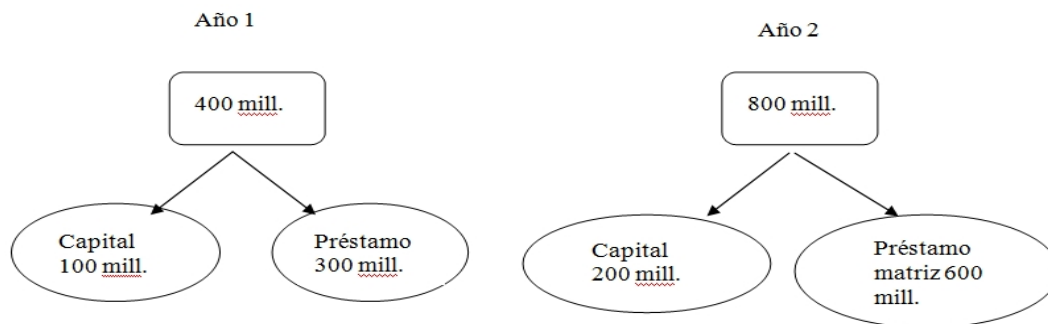
(en línea). http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_104_Vega.pdf (consultado el 2 de abril de 2015)

A través de un ejemplo general, mostramos la importancia de las reglas para evitar la subcapitalización y las actuales reglas que limitan la deducibilidad de los gastos financieros.

Se dan grandes variaciones en la recaudación por parte del Fisco, al seguir una estructura de financiación de una sociedad filial a través de deuda con terceros independientes o bien, siguiendo una estructura de financiación en la que la sociedad matriz (residente en un país con una tributación muy por debajo de la tributación a la que está sujeta su filial) conceda un préstamo a esta filial⁴²:

Entramos a explicar el primer supuesto, en el que una empresa “Bionic”, residente en Luxemburgo, constituye una filial enteramente participada “Calcium”, situada en España. Imaginemos que en Luxemburgo el impuesto sobre sociedades es del 10% y en España asciende al 25%. Supongamos que la estructura del pasivo de Calcium es de 100 millones de euros de capital y 300 millones de euros tomados en préstamo de terceros independientes (mercados financieros y bursátiles) a un tipo del 7,5%. Si después de un año de ejercicio de su actividad Calcium tiene unos beneficios de 10 millones de euros, que son gravados con 2,5 millones de euros, y distribuye todos los beneficios después de impuestos a su matriz, entonces pagará un dividendo a Bionic de 7,5 millones de euros que se supone no gravado en la distribución de Calcium a Bionic (ni en Luxemburgo ni en España). En consecuencia, los beneficios obtenidos por Calcium (y transferidos posteriormente a Bionic) tributarán en total 2,5 millones. Ahora bien, imagínese que Calcium quiere ampliar sus actividades para el segundo año de actividad y necesita financiación para ello, por lo que pretende aumentar sus recursos financieros al doble. Lo más lógico en tales circunstancias sería mantener la estructura de su pasivo (esto es, aumentar en 100 millones su capital y en 300 millones el dinero tomado en préstamo), pues de otro modo los acreedores verían acaso en riesgo la devolución de los préstamos concedidos y exigirían un mayor tipo de interés. En tal caso, y suponiendo que la rentabilidad sea la misma, se obtendrán unos beneficios de 20 millones, que serán gravados con 5 millones, siendo así que el resto (15 millones) serán distribuidos a Bionic con los mismos presupuestos: no se grava en España la distribución de Calcium a Bionic y en Luxemburgo no se gravan los dividendos percibidos por Bionic, con lo que los impuestos soportados sobre los beneficios por en Luxemburgo y en España serán 5 millones.

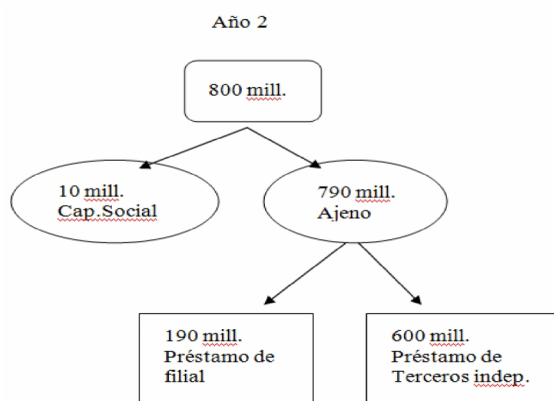
⁴² Modificación de un ejemplo facilitado por el Tutor de este trabajo, Dr. D. Manuel Jesús Lucas Durán.



Beneficio de Calcium= 10 mill.
Dividendos a la matriz= $7,5\% \times 10 \text{ mill} = 7,5 \text{ mill}$
Gravamen del IS= $25\% \times 10 \text{ mill} = 2,5 \text{ mill.}$

Beneficio de Calcium= 20 mill.
Dividendos a la matriz= $7,5\% \times 20 \text{ mill} = 15 \text{ mill}$
Gravamen del IS= $25\% \times 20 \text{ mill} = 5 \text{ mill.}$

Entramos a explicar el segundo supuesto, que introduce otra posibilidad más rentable para el grupo constituido por Bionic y Calcium: si realmente se necesita financiar a Calcium con 800 millones de recursos y 600 de ellos los obtendrá de fondos ajenos, podrían aportarse por Bionic 200 millones de financiación a su filial pero de ellos sólo 10 millones como capital social y el resto (190 millones) como préstamo a un tipo del 7,5%. Suponiendo los mismos datos que el ejemplo anterior, en tal caso el beneficio de C se vería reducido en los pagos de intereses que deberá realizar a B ($190 \text{ millones} \times 7,5\% = 14,25 \text{ millones}$), quedando en consecuencia un beneficio de 5,5 millones ($20 - 14,5$), el cual será gravado al 25% ($5,5 \times 25\% = 1.375.000 \text{ euros}$) dejando un beneficio después de impuestos de 4.125.000 euros, que será a su vez distribuido a B. Si suponemos por simplificar que ni las distribuciones de dividendos ni de intereses realizadas de C a D resultan gravadas en Y, siendo así por otro lado que los intereses recibidos por B de C se gravan al 10% (tipo general del IS en X), entonces el gravamen total de B y C sobre los beneficios obtenidos inicialmente en Y serán: $1.375.000$ (por el gravamen en Y de los beneficios de C) + $1.425.000$ ($14.250.000 \times 10\%$ de gravamen en X por los intereses recibidos) = 2,8 millones, frente a los 5 millones que se pagarían según la forma de financiación anteriormente indicada.



Beneficio de Calcium: 20 mill.

Intereses a la matriz: $7,5\% \times 190 \text{ mill.} = 14,25 \text{ mill.}$

Beneficio después del pago de intereses: $20 - 14,25 = 5,5 \text{ mill.}$

Gravamen en España sobre beneficios: $5,5 \text{ mill.} \times 0,25 = 1,375 \text{ mill.}$

Total a pagar en Luxemburgo y en España:

- Intereses recibidos por Bionic de Calcium (gravados por un 10% en Luxemburgo)
 $14,25 \times 0,1 = 1,425 \text{ mill.}$
- Gravamen en España sobre beneficios: 1,375
- **Impuestos totales soportados:** $1,425 + 1,375 = 2,8 \text{ mill.}$

Como podemos observar en el ejemplo, elegir entre un modelo de financiación u otro puede suponer el ahorro para el grupo de 2,2 millones de euros en este ejemplo. Pero la estructura de financiación del segundo caso podría valorarse de ciertamente anormal en una empresa. Hemos observado también que esta estrategia fiscal afecta al Estado en el que se sitúa la filial, en este caso España. Para evitar estas pérdidas es para lo que se idearon las cláusulas de subcapitalización y de limitación de la deducibilidad de los intereses que se analizan en los siguientes epígrafes.

2.3. Diferencia entre subcapitalización y operaciones vinculadas:

Para poder entender las diferencias existentes con la subcapitalización, es preciso conocer el precepto que versa sobre las operaciones vinculadas, artículo 18 de la Ley 27/2014. El precepto antes mencionado establece que las transacciones no respetuosas con el principio de independencia (también conocido como principio de *arm's length*⁴³) pueden generar una minoración en el beneficio de la sociedad. Es esta minoración lo que pretende evitar el artículo 18 LIS, teniendo como finalidad la coincidencia entre el beneficio real obtenido por la sociedad con su base imponible⁴⁴.

Con respecto a la subcapitalización, podríamos decir que se trata de un caso concreto de operación vinculada⁴⁵. La gran diferencia entre las operaciones vinculadas y la subcapitalización se encuentra, en la no coincidencia de las condiciones que se darían entre operaciones dentro del grupo y las que se darían en condiciones de

⁴³ El principio *arm's length* ha sido traducido en la literatura española como principio de plena competencia entre las partes, el principio de total independencia, o como condiciones normales de mercado. Sin embargo, siguiendo a PALAO TABOADA, preferimos la utilización de la denominación principio de independencia, en consonancia con el significado originario de la expresión anglosajona. Vid. GARCÍA PRATS, F. A., "Los precios de transferencia", *Crónica tributaria* núm. 117, 2000, pág.38

⁴⁴ Bien porque se paga un precio superior al de mercado o por que percibe un precio inferior al de mercado. Por lo tanto lo que se tiene en cuenta en el artículo 16 de la TR LIS es el valor de la operación.

⁴⁵ LUCAS DURÁN, M. J., "La tributación de los dividendos internacionales". Valladolid, ed. Lex Nova, 2000 págs.260 y 261.

independencia. Las normas antisubcapitalización se centran en el volumen de operaciones y por el contrario, las normas que controlan las operaciones vinculadas se centran en el valor de la operación⁴⁶.

Pero actualmente, habida cuenta de que se derogó la norma antisubcapitalización para dar paso a otro régimen (limitación en la deducibilidad de gastos financieros), en opinión del autor, ya no se podría considerar como un caso concreto de operación vinculada. En definitiva, tras la modificación introducida por el RDL 20/2012, el régimen de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros se hizo extensivo a cualquier préstamo, sin que fuera requisito para su aplicación la pertenencia a un grupo mercantil.

2.4. Análisis del Borrador del Plan de Acción 4 del proyecto BEPS de la OCDE

Siguiendo el encargo del G-20, la OCDE elaboró en 2013, en primer lugar, un informe titulado Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁴⁷ y, en segundo lugar, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁴⁸, en cuya acción 4 titulada “Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros” se recoge la conveniencia de “Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para lograr la deducción excesiva de intereses o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros ingresos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses. El trabajo evaluará la eficacia de los diferentes tipos de limitaciones. En conexión con la labor anterior y en su apoyo, se establecerán también orientaciones sobre precios de transferencia con respecto a la fijación de precios de las transacciones financieras vinculadas, incluyendo las garantías financieras y el rendimiento, los derivados (incluidos los derivados internos utilizados en las relaciones intra-bancarias), y seguros cautivos y otras clases de seguro. El trabajo se coordinará con el trabajo sobre híbridos y reglas CFC”.

El informe sobre la acción 4 del proyecto BEPS se espera para septiembre de 2015. Ahora bien, el Borrador que se ha dado a conocer hasta ahora propone una serie

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ Cfr. http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios_9789264201224-es#page1 (consultado el 5 de julio de 2015)

⁴⁸ Cfr. <http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Ficheros/Fichero79.pdf> (consultado el 5 de julio de 2015)

de “mejores prácticas”⁴⁹ para establecer reglas en el diseño de normas dirigidas a evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses.

No debe obviarse el hecho de que el Borrador abarca sólo un aspecto de la Acción 4. Podemos distinguir dos partes dentro del Borrador, la primera, en la que se establece la situación bajo regulación (el quién) y una segunda que forma el cuerpo principal de la Acción 4 que es el objeto regulado (el qué).

Con respecto “al quién”, el Borrador en su párrafo 38 define cuatro escenarios:

Compañías y otras entidades que conformen un grupo.

Vinculadas.

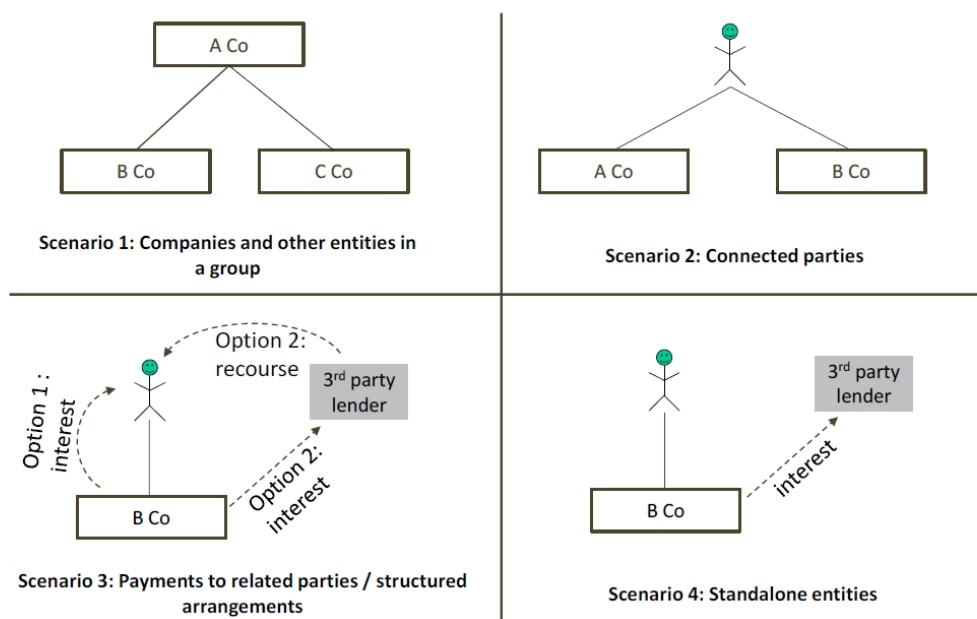
- Pagos hechos a partes relacionadas.
- Entidades individuales.

En los comentarios públicos al Borrador, se critica que en el caso de un grupo, no se aborde el tema de aquellos grupos con más de una actividad económica⁵⁰.

⁴⁹ Su definición de mejores prácticas se debe a que no establece reglas para la limitación de la deducción de interés, sino únicamente propone parámetros sobre los cuales los países deberían coordinar el desarrollo de una regla general anti-abuso. No debemos tomar su contenido como la posición definitiva de la OCDE y del G-20, ya que en el informe de manera descriptiva las ventajas y desventajas de aplicar uno u otro parámetro.

⁵⁰ Es decir, cómo aplicaría la regla general de limitación de intereses para aquel grupo que conjunte diversas actividades donde unas requieren un gran nivel de apalancamiento y, otras, poco o nulo financiamiento. O bien, cuando se realicen actividades en donde haya un gran flujo de caja y otras cuando el flujo sea mínimo y, por tanto, los requerimientos de capital de trabajo sean diferentes entre las entidades de un mismo grupo. Vid. *Plan de Acción BEPS, Acción 4: “Deducciones de intereses y otros pagos financieros” Comentarios al Borrador para Discusión Pública*, en Boletín de Ernst & Young, núm. de marzo, 2015, Ciudad de México. Puede consultarse en línea, http://www.dofiscal.net/pdf/doctrina/D_DPF_RV_2015_236-A8.pdf consultado el 19 de abril de 2015)

A continuación podemos observar el esquema explicativo de los diferentes escenarios que se incorpora en el Borrador de la Acción 4 de la OCDE⁵¹:



En relación “al qué”, el Borrador comienza plasmando, de forma genérica, varios grupos de reglas que se están aplicando actualmente en las distintas jurisdicciones para luchar contra la erosión de las bases imponibles mediante la deducción de intereses. Pero centra su estudio en tres enfoques sobre los que se asientan las reglas de “mejores prácticas” que en él se proponen:

- 1) Reglas que limitan la deducción de intereses o deuda en función de un porcentaje fijo, lo que se conoce en el *Draft* o Borrador como **fixed ratio rules**:

La finalidad de estas reglas es limitar la deducción de intereses mediante la aplicación de una proporción fija referida a ganancias, activos o capital. Estas reglas no están exentas de crítica⁵².

Para el cálculo de esta ratio, los países tienen libertad a la hora de seleccionar el valor que utilizarán como referencia. En el Borrador se distingue entre la

⁵¹ Esquema explicativo de los diferentes escenarios que se incorpora en el Borrador de la Acción 4 de la OCDE párrafo 38. Dicho borrador podrá ser consultado (en línea) <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-4-interest-deductions.pdf> (Consultado el 19 de abril de 2015)

⁵² Es recomendable analizar los comentarios públicos al Borrador del plan de Acción 4 del proyecto BEPS. La *Association des Banquiers Canadiens* critica las *fixed ratio rules* en los siguientes términos: “El principal problema que supone la aplicación de esta regla, es que no tiene en cuenta la naturaleza de los diversos sectores e industrias, cuya estructura de capital, nivel de apalancamiento y activos varían unas respecto de las otras” (traducción del autor). Este comentario puede ser consultado en línea en el enlace: <http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part1.pdf> pág. 250. (Consultado el 19 de abril de 2015)

posibilidad de tomar como referencia los activos⁵³ o las ganancias. En este último supuesto nos enfrentamos a la problemática de la volatilidad de este parámetro, pudiendo tener causa en factores muy diversos como los macroeconómicos, cambios en las tendencias de los consumidores o cambios internos de la sociedad, entre otros muchos. Para solucionar este defecto, el Borrador reconoce la posibilidad de deducir en ejercicios inmediatos y sucesivos, por un número de años⁵⁴, los gastos por intereses netos que no hayamos podido deducir.

Para determinar el ratio se suelen tener en cuenta: proporciones de deuda vs. capital, interés vs. EBITDA⁵⁵ o interés vs. total de activos⁵⁶.

2) Reglas que comparan el nivel de deuda de una entidad con la del grupo o **group-wide test**:

Se propone que se adopten medidas para que los grupos se estructuren alineando los gastos por intereses de cada una de las entidades que forman un

⁵³ Suelen ser más estables pero surge la problemática de su forma de valoración. Y en particular surge la problemática de valorar los activos intangibles generados por la entidad. Vid. *Plan de Acción BEPS, Acción 4: "Deducciones de intereses y otros pagos financieros"* Comentarios al Borrador para Discusión Pública, en Boletín de Ernst & Young, núm. de marzo, 2015, Ciudad de México.

⁵⁴ En el caso de España, con la entrada en vigor de la Ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades, se ha eliminado el límite temporal de dieciocho años inmediatos y sucesivos para deducir los gastos financieros que no hubieran podido ser objeto de deducción, pudiendo ser deducidos ahora sin límite temporal. Sin embargo en el caso de México, ese límite temporal podría seguir la suerte del periodo correspondiente para la aplicación de pérdidas fiscales (10 años), regulado en la fracción XXVII del artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México. Vid. *Plan de Acción BEPS, Acción 4: "Deducciones de intereses y otros pagos financieros"* Comentarios al Borrador para Discusión Pública, en Boletín de Ernst & Young, núm. de marzo, 2015, Ciudad de México.

⁵⁵ EBITDA son las siglas en inglés de *Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations*. Por tanto, se trata del resultado empresarial antes de: intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones productivas. se calcula partiendo del Resultado de explotación (*Cuenta de Pérdidas y Ganancias*) al que también se denomina *Earnings Before Interests, Taxes* (EBIT). Posteriormente, se realizan los siguientes ajustes: Se suman las cantidades destinadas en el período a dotar provisiones, y se suman las cantidades destinadas en el período a dotar las amortizaciones productivas. Puede consultarse en línea <http://www.expansion.com/diccionario-economico/ebitda.html> (consultado el 5 de julio de 2015)

⁵⁶ *Ibidem*

grupo, con la posición general en sí del mismo⁵⁷. Debemos señalar que no faltan críticas⁵⁸ y propuestas alternativas⁵⁹ al group-wide test.

3) **Enfoque combinado:**

Surge de la combinación de las reglas explicadas en los incisos anteriores a) *fixed ratio rules* y b) *group-wide rules*.

Permitiría la aplicación de reglas simplificadas a entidades que representen un menor riesgo de erosionar la base imponible o trasladar beneficios.

Siguiendo el análisis realizado del Borrador, existen dos posibles vías para su aplicación. La primera consistiría en tomar como regla general la regla de asignación de intereses para el grupo, aplicándose una limitación de deducción de intereses únicamente en aquellos casos que presenten una proporción fija baja con respecto al valor de referencia. La segunda vía consistiría en la aplicación de una regla de proporción fija como regla principal, y en el caso de exceder dicha proporción se le aplicaría la regla del grupo.

A parte de los tres enfoques mencionados anteriormente, el Borrador propone una serie de reglas dirigidas a ciertas industrias y sectores que por sus características

⁵⁷ *Íbidem*

⁵⁸ También se sustancian críticas al group-wide test en los comentarios públicos al Borrador del plan de Acción 4 del proyecto BEPS. La Association des Banquiers Canadiens critica el group-wide test en los siguientes términos: "Creemos firmemente que la aplicación del group-wide test sería poco aconsejable y poco práctico. En nuestra opinión, no es realista pensar que los países aplicarán universalmente un enfoque de asignación. La no aplicación en el 100% de los países significaría que algún gasto financiero sería no deducible. Además, no es realista sugerir que los contribuyentes pueden "auto-ayudarse" moviendo la deuda a la jurisdicción donde tendrían limitación disponible bajo una group-wide test, ya que a menudo no sería factible debido a la legislación nacional, razones regulatorias o comerciales" (traducción del autor). Este comentario puede ser consultado en línea en el siguiente enlace: <http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part1.pdf> pág. 250. (Consultado el 23 de abril de 2015)

⁵⁹ CBI (*Confederation of British Industry*) recomienda, en los comentarios públicos al Borrador del plan de Acción 4 del proyecto BEPS, una alternativa a los group-wide test basada en la aplicación de un enfoque de "puerta de entrada" o *gateway approach*. "El enfoque propuesto permitiría a las entidades que cumplieran unos criterios iniciales, y que no demostraran un riesgo BEPS, que no se vieran afectados por los group-wide test. Las pruebas específicas de puerta de enlace podrían incluir:

- Exclusión de las pequeñas empresas / medianas empresas (o grupos locales más pequeños) en cualquier territorio. El propósito de esta puerta de entrada sería eliminar la potencial barrera para la expansión a nuevos territorios de las pequeñas empresas.
- Exclusión de las empresas o grupos locales que se financian total o sustancialmente mediante deuda de terceros. No hay riesgo BEPS en estas circunstancias. Cualquier proyecto (como proyectos de infraestructura) que se financian de esta manera deben ser excluidos de cualquier regla general.
- Los prestamistas están exentos de impuestos; cuerpos exentos de impuestos aprobados, como los fondos de pensiones o fondos soberanos no deberían ser penalizados injustamente en comparación con los que pagan impuestos entidades simplemente debido a su régimen fiscal especial
- Exclusión si el riesgo es bajo; por ejemplo, una exclusión de puerto seguro si la deuda del pagador: cuota de capital propio se encuentra por debajo de un nivel acordado.

(traducción del autor). Este comentario puede ser consultado en línea en el siguiente enlace: <http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part1.pdf> pág. 259.

serán necesarias que se aborden de manera diferente. Estas son reglas dirigidas a determinadas transacciones o en su término anglosajón **targeted rules**:

Se propone que estas reglas podrían ser útiles como reglas adicionales a la regla general que propone el Borrador⁶⁰. Aunque se advierte en el mismo, que muy probablemente no se llegarían a aplicar debido al alto coste que supondría su implantación⁶¹.

En otro orden de cosas, el principio de independencia o **arm's length principle**, es analizado en el Borrador ya que es utilizado por distintos Estados. Este principio compara el nivel de interés o deuda en una entidad en relación con la posición en que se encontraría en caso de que la entidad hubiera celebrado las operaciones con terceros en vez de con una sociedad vinculada.

Debemos reseñar que la aparición de las reglas **wide-group test** supondría la inaplicación de este principio. Se menciona esta consecuencia directamente en el Borrador.

Para finalizar con los enfoques, debemos mencionar el umbral o **threshold**, por debajo del cual se podrán deducir los gastos por intereses netos. Este enfoque lo podremos encontrar entre los párrafos 50 y 67 del Borrador.

En relación con las rúbricas arriba mencionadas, el Borrador señala que para que sea viable la aplicación de una regla general, primeramente deberán sentarse unas bases comunes en los diferentes Estados, que concreten el concepto de intereses. Con ese fin, el Borrador a modo de “mejor práctica” no establece una definición de interés, sino una lista⁶² de conceptos que deberán ser incluidos como parte del propio concepto de interés. El Borrador engloba esta lista bajo el nombre de “gastos económicamente equivalentes”⁶³, apareciendo en escena el principio de sustancia sobre la forma.

En relación con el interés, el Borrador en los párrafos 46 a 49 plantea la cuestión de si sería más preciso que la regla de limitación de intereses se aplicara a nivel neto o bruto (**net position or gross position** según la terminología utilizada en el Borrador).

⁶⁰ Borrador del Plan de Acción 4 del proyecto BEPS de la OCDE. (en línea) <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-4-interest-deductions.pdf> párrafo 175. (consultado el 23 de abril de 2015)

⁶¹ *Ibidem* Párrafos 178 y 179.

⁶² *Ibidem* Párrafo 35

⁶³ La Association des Banquiers Canadiens critica, en los comentarios públicos al Borrador del plan de Acción 4 del proyecto BEPS, la propuesta de aplicar la limitación a otros pagos financieros. Su crítica se reproduce en los siguientes términos “El Borrador señala que la limitación no sólo se aplica a los intereses, sino que también sería aplicable a otros pagos financieros. A menos que el término “otros pagos financieros” se defina más específicamente, esto podría dar lugar a incoherencias con respecto a las interpretaciones dadas por varios países en cuanto a lo que esta y no esta englobado en este concepto. Por ejemplo, podría “ otros pagos financieros ” incluir pagos realizados conforme a las operaciones con derivados”. (traducción del autor). Este comentario puede ser consultado en línea en el siguiente enlace: <http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part1.pdf> pág. 250. (consultado el 23 de abril de 2015)

A continuación mostramos la visión general del umbral monetario en determinados países⁶⁴:

Australia:	Thin capitalisation rule only applies if total debt deductions exceed AUD 2 million (EUR 1 300 000).
Denmark:	Limitation of deduction of net financing expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding DKK 21.3 million (EUR 2.85 million).
Finland:	Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding EUR 500 000 .
France:	Cap on interest deductions applies to net interest expenses exceeding EUR 3 million .
Germany:	Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding EUR 3 million .
Portugal:	Limitation of deduction of net interest expenses (paid on related and unrelated party debt) exceeding EUR 1 million .
Spain:	Limitation of deduction of net financial expenses exceeding EUR 1 million .

3. MEDIDAS PARA EVITAR LA SUBCAPITALIZACIÓN Y MEDIDAS DE LIMITACIÓN EN LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN ESPAÑA:

En este punto estudiaremos en profundidad la evolución de la normativa española centrada en evitar la erosión de bases imponibles mediante el establecimiento de reglas que eviten la subcapitalización y posteriormente, mediante reglas que limiten la deducibilidad de los gastos financieros. Nos centraremos en el análisis de estas últimas reglas ya que recogen el régimen en vigor en el momento de escribir estas líneas. Al terminar el análisis, podremos apreciar las diferencias de criterios utilizados por los legisladores a lo largo de las últimas décadas, además de apreciar las diferencias existentes entre regulaciones de unos y otros Estados de nuestro entorno.

Para el estudio de la normativa española sobre las medidas de subcapitalización y la limitación de los gastos financieros, debemos tener en cuenta las particularidades de determinados territorios españoles, cuya normativa en materia fiscal difiere de la del resto del territorio español. Por ende, serán tres los regímenes a estudiar en el territorio español.

En primer lugar analizaremos las normativas del territorio común vigentes en los últimos años, siguiendo con el análisis del régimen vigente en el Territorio Foral de Navarra, que como veremos sigue la estela normativa del territorio común. Para finalizar este apartado, estudiaremos el régimen de subcapitalización en los territorios Históricos del País Vasco (Álava, Guipúzcoa y Bizkaia), que como veremos su regulación si difiere de la del territorio común. La explicación a estos regímenes forales se encuentra en que son estos territorios los que tienen la potestad para establecer, mantener y regular su régimen tributario. Ello implica que la exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección de todos los impuestos estatales corresponden a cada uno de estos

⁶⁴ Visión general del umbral monetario en determinados países, en párrafo 55 del Borrador.

territorios, a excepción de los derechos de importación y los gravámenes a la importación en los Impuestos Especiales y en el Impuesto sobre el Valor Añadido⁶⁵.

3.1. La normativa en Territorio común:

En primer lugar, antes de entrar a analizar en profundidad la normativa referente a la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros vigente en la actualidad en territorio común, es preciso recordar brevemente sus orígenes y evolución normativa. Como se ha comentado, la Ley 18/1991, de 6 de junio, introdujo a través de su Disposición adicional quinta, el apartado 9 al artículo 16 de la **Ley 61/1978** del Impuesto sobre Sociedades, precepto que regulaba las operaciones vinculadas. Posteriormente, este régimen pasó a regularse en el artículo 20 de la **Ley 43/1995**, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades⁶⁶. Tras la STJUE *Lankhorst-Hohorst* de 12 de diciembre de 2002 se hizo necesario modificar la norma para evitar la subcapitalización por contravenir la libertad de establecimiento⁶⁷. Esta modificación se introdujo por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, que eliminó del régimen de subcapitalización las entidades prestamistas residentes en otro Estado miembro. Esta reforma fue acaso precipitada, como ya hemos indicado al analizar la STJUE *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de marzo de 2007, **(C-524/04)**.

La Ley 43/1995 fue derogada y sustituida por Real Decreto Legislativo **4/2004**, de 5 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Esta nueva Ley no modificó el régimen de subcapitalización, simplemente reenumeró y ordenó la Ley 43/1995, que ya estaba muy enmendada. Durante más de 20 años, el régimen de subcapitalización recogido en las normas que regularon la imposición societaria se centraban en recharacterizar intereses en dividendos (y por tanto, no permitir su deducibilidad) cuando se superaran determinados umbrales de endeudamiento con entidades no residentes en relación con los recursos propios: cuando se superara la *ratio* 1 (recursos propios) : 3 (deudas con entidades vinculadas no residentes), los intereses pagados por deudas que superaban tal *ratio* eran recalificadas en dividendos y, por tanto, no resultaban deducibles⁶⁸.

⁶⁵(Enlínea)http://www.agenciatributaria.es/AEAT.fisterritorial/Inicio_es_ES/Menu/Fiscalidad_Autonomica/Regimen_Foral/Regimen_Foral.shtml (consultado el 8 de abril de 2015)

⁶⁶ Del régimen de subcapitalización en esta recogida en esta norma debemos destacar que: Aplicaba únicamente a supuestos de endeudamiento con entidades no residentes vinculadas, lo que como ya hemos estudiado, era incompatible con el Derecho de la Unión. Este régimen se basaba en el cálculo de un *ratio* para determinar si los intereses pagados, a la entidad no residente vinculada, eran por el contrario considerados como dividendos (perdiendo como ya sabemos la posibilidad de deducirlos y debiendo tributar por ellos). El cálculo del *ratio* se obtenía del triple del capital social más reservas se considerarían dividendos y los intereses que lo superaran serían considerados como dividendos desde el punto de vista fiscal.

⁶⁷ PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 267-269.

⁶⁸ Como se ha visto, hasta 2003 el régimen se refería a cualquier entidad no residente y a partir de 2003 a cualquier entidad no residente en la UE.

El régimen de subcapitalización continuó estando vigente hasta la entrada en vigor del RDL **12/2012** de 30 de marzo. Tal cambio normativo se debió a que existían cada vez más resoluciones que declaraban dicho régimen contrario a los principios de no discriminación a no residentes, incluidos los de terceros Estados (fuera de la UE)⁶⁹. La nueva legislación deroga el sistema de subcapitalización e introduce un nuevo régimen de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Con posterioridad, entra en vigor el RDL **20/2012**, el cual modificó y añadió nuevos apartados al artículo 20 del TRLIS. Por último, debemos mencionar la **Ley 27/2014** de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades que “incide especialmente la nueva reserva de capitalización, así como las modificaciones que se incorporan en el tratamiento de los gastos financieros”⁷⁰.

3.1.1. Deducibilidad de los gastos financieros en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo y Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio:

El Real Decreto-ley 12/2012 supuso un punto de inflexión en la legislación española, ya que modificó por completo las reglas del juego existentes, para ejercer un control más efectivo sobre la deducibilidad de los gastos financieros por las sociedades⁷¹. Este gran cambio supuso la implantación de reglas que limitan la deducibilidad de los gastos financieros y el consecuente abandono de las anticuadas normas para evitar la subcapitalización. Esta nueva normativa se elaboró siguiendo las líneas generales de las normativas de Alemania⁷², Finlandia⁷³, Italia⁷⁴ y Suecia⁷⁵.

⁶⁹ Así por ejemplo, y como ya se ha comentado, además de las SSTs de 1 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 1596/2004), de 17 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 5871/2006) y de 2 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 3181) que declararon incompatible el régimen de subcapitalización con los convenios para evitar la doble imposición cuando incluyan cláusula de no discriminación, en 2012 ya se había iniciado el procedimiento que cuestionó la compatibilidad con el Derecho de la UE por vulneración del principio de libre circulación de capitales, como puso de manifiesto en la STJUE *ITELCAR* (C-282/12) de 3 de octubre de 2013.

⁷⁰ Apartado f) del preámbulo segundo de la Ley 27 /2014 de 27 de noviembre.

⁷¹ La nueva norma del artículo 20 del TRLIS es novedosa en cuanto a su contenido en nuestro Ordenamiento Jurídico ya que la actual norma no supone una nueva redacción, adaptación o mejora de la regulación anterior de la norma de subcapitalización sino su completa sustitución. Vid. RODRIGO CHAQUES, G.op.cit., pág. 64.

También puede suceder que encontrándose una entidad en supuesto de subcapitalización con la anterior norma, sin embargo, no aplique la limitación en la deducibilidad de intereses. Vid RODRIGO CHAQUES, G., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”. Estudios financieros. *Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2010, pág. 65

⁷² Aunque un n sistema similar ya existía en Alemania desde el año 2007, denominado *Zinsschranke*.

⁷³ La norma finlandesa es similar a la española, se centra en préstamos y gastos financieros vinculados y la misma línea siguió la normativa francesa. Cfr. RODRIGO CHAQUES, G., op. Cit., pág. 64

⁷⁴ Artículo 96 de la Ley Consolidada del Impuesto sobre la Renta (*Testo Unico Imposte sui Redditi — TUIR—*).

⁷⁵ Capítulo 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (*Inkomstskattelag*).



En ese mismo año se aprobaron el RDL antes mencionado y el RDL 20/2012, el cual introduce mejoras sobre la base del primero. Debido a la coincidencia en gran parte del contenido de ambas normas, realizaremos su estudio conjunto, además de añadir los criterios interpretativos de la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) en su Resolución de 16 de julio de 2012.

El sujeto pasivo de la norma recogida en el artículo 20 del RDL 12/2012 eran las entidades que formaban parte de un grupo, pero tras el RDL 20/2012 se hizo extensiva a todas las empresas en general⁷⁶, sin que fuera requisito para su aplicación su pertenencia a un grupo mercantil⁷⁷.

Los dos pilares esenciales de esta nueva legislación se centran en la no deducibilidad de determinados gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades y en el establecimiento de un límite general a la deducibilidad.

Como acabamos de introducir, el primer pilar alude a la **no deducibilidad** en el Impuesto sobre Sociedades de gastos financieros derivados de deudas (dentro de un grupo⁷⁸) destinadas a adquisiciones apalancadas, regulado en el artículo 14.1 h) TRLIS. Estos gastos no deducibles en la base imponible son⁷⁹:

- La adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades o,
- La aportación al capital o fondos propios de otras entidades del grupo.

Por otro lado, el segundo pilar esencial del régimen tributario que analizamos hace referencia a una **limitación general** de los gastos financieros netos de entre los que sí se permite su deducción. Esta limitación general⁸⁰ se aplicará en los siguientes términos:

⁷⁶ Afecta a todo sujeto pasivo (entidades vinculadas o no vinculadas, residentes o no residentes), con lo cual se evitan los supuestos de distorsión y discriminación cuando una de las partes involucradas es residente en la Unión Europea. Cfr. RODRIGO CHAQUES, G., "La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional". *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2013, pág. 64

⁷⁷ *Ibidem.*, pág. 79

⁷⁸ Esta mención aparecía en el RDL 12/2012, como hemos comentado antes. Pero desaparece en el RDL 20/2012 al aplicarse el régimen a todas las empresas en general, sin que fuera requisito para su aplicación su pertenencia a un grupo mercantil.

⁷⁹ Son sólo estos gastos financieros los que limita el artículo 14.1 h), y no los gastos financieros nacidos de deudas destinadas a financiar otras operaciones intragrupo. A estas otras deudas no afectadas por la prohibición de deducción, si les resultaría de aplicación la limitación general. Estos gastos financieros distintos de los del artículo 14.1 h) son por ejemplo: adquisiciones de elementos del inmovilizado material, del inmovilizado intangible o inversiones inmobiliarias.

⁸⁰ Me sitúo en la misma línea crítica expresada por SUAREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V. op. cit., Pág. 23. "creemos que una norma dirigida a limitar la deducibilidad de los gastos financieros de las empresas puede suponer un claro freno a la importación de capitales por nuestro país, al reducir la rentabilidad de las inversiones(...) es importante tener en cuenta que España (a diferencia de Suecia o

- Son deducibles los gastos financieros netos en el Impuesto de Sociedades con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio.
- Son deducibles en todo caso, los gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros. En caso de que el periodo impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año, el millón se prorrateará de forma proporcional a la duración del período impositivo respecto del año⁸¹.
- El exceso de gastos financieros que no se haya podido deducir en el período por haber superado el límite, podrá deducirse en los 18 años inmediatos y sucesivos (*carry forward* de los gastos financieros netos no deducidos), junto con los del período impositivo correspondiente y con sujeción al mismo límite general.

La Resolución de la DGT interpreta que la aplicación de los gastos financieros procedentes de ejercicios anteriores tendrá que realizarse una vez deducidos los devengados en el período.

Se podrá deducir en períodos posteriores siempre que no excedan, en su conjunto, del 30% del beneficio operativo del período impositivo o de un millón de euros.

Alemania y otros de los Estados de nuestro entorno que han aprobado una normativa de este tipo) ha sido tradicionalmente y sigue siendo un país importador de inversiones, por lo que medidas de este tipo tienen consecuencias adversas en la actividad económica (...) resulta especialmente gravosa la modificación para aquellas entidades que hayan realizado inversiones apalancadas con retornos a largo plazo durante los últimos ejercicios". Debo mencionar que no comparto todas las opiniones expresadas por los autores antes mencionados, por ejemplo afirman que "la normativa afecta por igual a cualquier entidad española, con independencia de su tamaño (...) pensamos que sería interesante plantearse la exclusión de la limitación para pequeñas y medianas empresas, elemento necesario para la recuperación económica". En mi opinión, las pequeñas empresas muy difícilmente lleguen a sufrir los límites establecidos en el artículo 20. Por lo que desde un punto de vista práctico es indiferente que se mencione la exclusión de la limitación para las pequeñas empresas, cuestión distinta serían las empresas de tamaño mediano.

⁸¹ El RDL 20/2012 introdujo este nuevo apartado 5 al artículo 20 del TRLIS, referente al prorrateo del millón de euros en función de la duración del período impositivo respecto al año.

A continuación plasmaremos la teoría del *carry forward* en un ejemplo⁸²:

La entidad A presenta los siguientes datos: BO anual de cada período impositivo: 100.000 y GF	$\left\{ \begin{array}{l} \text{Año 0: 80.000} \\ \text{Año 1: 20.000} \\ \text{Año 2: 40.000} \end{array} \right.$
Año 0: Límite BO = 30 (30% de 100). Son deducibles GF en el período impositivo por importe de 30 y quedan pendientes de deducir en los 18 años inmediatos y sucesivos por importe de 50.	
Año 1: Límite BO = 30. Son deducibles GF por importe de 20 de período impositivo y, adicionalmente, 10 del año 0. Queda pendientes del año 0 para ejercicios futuros, GF por importe de 40.	
Año 2: Límite BO = 30. Son deducibles GF del período impositivo por importe de 30 y quedan 10 para ejercicios futuros.	
Total GF pendientes: 40 del año 0 y 10 del año 2.	
Total GF pendientes: 40 del año y 10 del año 2.	



Gastos financieros netos deducidos correspondientes al periodo impositivo.



Gastos financieros netos no deducidos correspondientes al Año 0.

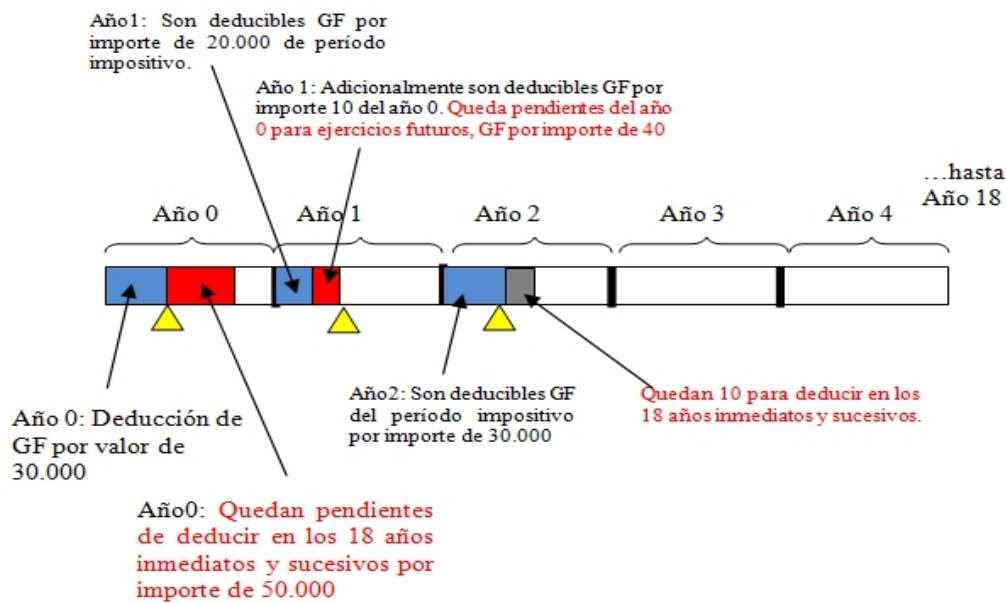


Gastos financieros netos no deducidos correspondientes al Año 2.



Límite a la deducción de gastos financieros netos para todos los periodos impositivos de 30.000

⁸² RODRIGO CHAQUES, G., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2013, pág. 70. Puede encontrarse también en línea: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9483> (consultado el 5 de julio de 2015).



- Los gastos financieros netos que no alcanzan el límite en un determinado ejercicio, la cuantía no consumida de dicho límite podrá utilizarse en los cinco años inmediatos y sucesivos. Su importe se adicionará al límite general que resulte de aplicación en tales años.

La DGT interpreta que el límite se calculará con respecto al 30% del EBITDA y no con respecto a la parte del millón de euros no consumida.

A continuación plasmaremos la teoría de *carry back* en un ejemplo⁸³:

La entidad A presenta los siguientes datos:

BO anual de cada periodo impositivo: 3.000.000

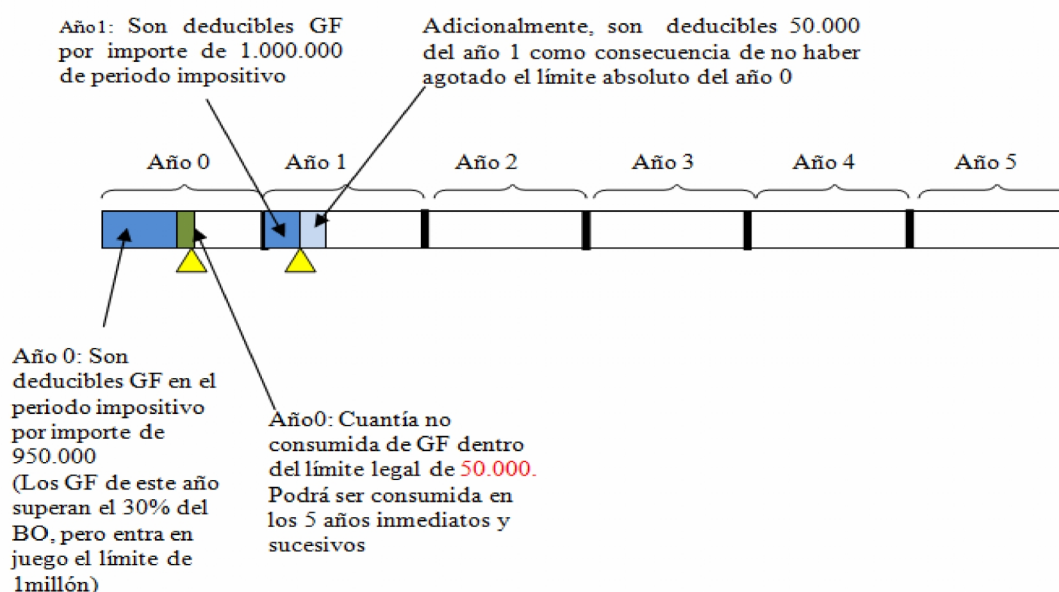
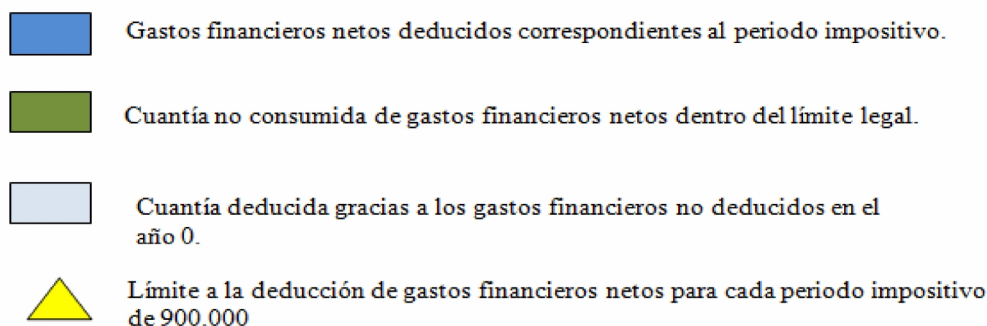
GF { Año 0: 950.000
Año 1: 1.050.000

Año 0: Límite BO = 900 (30% de 3.000.000) o 1.000.000 (límite absoluto). Son deducibles GF en el periodo impositivo por importe de 950.000

Año 1: Límite BO = 900 (30% de 3.000.000) o 1.000.000 (límite absoluto). Son deducibles GF por importe de 1.000.000 de periodo impositivo y, adicionalmente, 50 del año 1 como consecuencia de no haber agotado el límite absoluto del año 0.

La DGT no admitiría la deducción adicional de 50 en el año 1.

⁸³RODRIGO CHAQUES, G. op.cit, pág. 72. Puede encontrarse también en línea: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9483> (consultado el 5 de julio de 2015).



Es importante mencionar la existencia de una serie de **supuestos excluidos** de la aplicación de la limitación general a la deducibilidad de gastos financieros⁸⁴:

⁸⁴ Respecto a los supuestos de exenciones, el régimen alemán a primera vista parece ser más favorable para el contribuyente porque ofrece varios supuestos que otorgan este derecho a exención. Además, mientras que el límite para la no aplicabilidad de la *Zinsschranke* en España es de solo un millón de €, Alemania elevó este límite en 2010 a 3 millones de €. Esto en principio implica que el número de empresas que se podrían ver afectadas por la *Zinsschranke* se ha reducido. Con independencia de las diferencias en el importe de exención, ambos países han optado por la aplicación de un límite, cuya superación provocaría automáticamente la aplicación de la *Zinsschranke*. Esta situación puede ser razón suficiente para dividir el negocio en unidades más pequeñas, para que ninguna de ellas supere el límite que establece la norma fiscal en cada país. El régimen alemán ofrece con la denominada «*cláusula stand alone*» un segundo supuesto de exención. Sin embargo, su aplicación práctica a menudo es inviable porque los requisitos que establece son de difícil cumplimiento y además obedecen a reglas muy complejas. Otro supuesto de exención en el régimen alemán es la denominada «*cláusula de escape*». Sin embargo, al igual que lo que está ocurriendo con la «*cláusula stand alone*», su consecución en la práctica

- El artículo 20.5 del TRLIS establecía que las entidades de crédito y las aseguradoras⁸⁵ se excluyen de la aplicación del límite en la deducibilidad de gastos financieros. El precepto añade el caso en que entidades de crédito o aseguradoras tributen en régimen de consolidación fiscal junto con otras entidades que no tengan esta consideración, las últimas sí quedarán sometidas al límite.
- Las entidades que se extingan, salvo en el caso en que la extinción fuera consecuencia de:
 - (i) una operación de reestructuración⁸⁶ acogida al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, o bien
 - (ii) se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en él.

En otro orden de cosas, a parte del análisis de los dos pilares fundamentales arriba mencionados, es preciso entrar a aclarar determinados conceptos sin los cuales no sería posible la correcta aplicación de la norma de acuerdo con el principio de seguridad jurídica.

Así, es necesario interpretar primeramente la referencia al concepto de **grupo**⁸⁷, para poder determinar qué deudas pueden entenderse como sustanciadas dentro de un grupo, concepto que se define en el artículo 42 del Código de Comercio⁸⁸. En

a menudo es inviable. Vid. NIEHUS, U., WILKE, H y MÜLLER, A., “El régimen alemán de limitación de la deducibilidad de gastos financieros (Zinsschranke)”. *Crónica Tributaria* núm. 146, 2013, págs. 242 y 243.

⁸⁵ La Resolución únicamente menciona a las entidades de crédito, entendemos que las interpretaciones deben extenderse a las entidades aseguradoras siguiendo el nuevo aparatado 6 del artículo 20 TRLIS introducido por el RDL 20/2012. El artículo 20.5 del TRLIS en la redacción dada por el RDL 12/2012, se establecía la exclusión de la aplicación de la limitación a:

- 1) Entidades de crédito (no incluyendo a las entidades aseguradoras) y
- 2) Entidades que no formen parte de un, salvo que los gastos financieros derivados de deudas con personas o entidades que tengan una participación, directa o indirecta, en la entidad de al menos el 20%, o bien los gastos financieros derivados de deudas con entidades en las que se participe, directa o indirectamente, en al menos el 20%, excedan del 10% de los gastos financieros netos.

⁸⁶ Por reestructuración empresarial habría que entender las operaciones incluidas en la Ley 3/2009, de 3 de abril que establece un régimen general aplicable, salvo disposición en contrario, a cualquier sociedad mercantil, regulando una pluralidad de operaciones societarias, como la fusión, la cesión global de activo y pasivo, la escisión y el traslado de domicilio. Y a la hora de evaluar el alcance del motivo económico válido procedería una comparación entre el ahorro fiscal en términos de costes estructurales y la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener con la operación. Vid. Sentencia *Foggia* de 10 de noviembre de 2011 (C 126-10).

⁸⁷ Vid. GARCÍA NOVOA, C., “La reforma fiscal en materia de tributación del ahorro y del endeudamiento de las sociedades”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales* núm. 21, 2014, Pág. 48.

⁸⁸ Artículo 42. 1 del Código de Comercio: “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando

consecuencia, esto excluía del ámbito de aplicación de la norma recogida en el RDL 12/2012 a los intereses devengados en deudas con terceros ajenos al grupo⁸⁹. Pero recordamos que con las modificaciones introducidas por el RDL 20/2012 los sujetos pasivos pueden ser todas las empresas en general.

En este sentido al haber eliminado mediante el RDL 20/2012 la aplicación de la «cláusula stand-alone»⁹⁰, inicialmente establecida en el RDL 12/2012, la norma española es más clara y fácil de aplicar que por ejemplo en Alemania⁹¹.

Otro concepto que precisa de aclaración es el de **motivos económicos válidos**. Su aparición en nuestra legislación se debe a la directiva 90/434/CEE que recogía tal concepto y se trasladó al régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores del Impuesto sobre Sociedades. Este concepto aparece también en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) de 1 de junio de 2010⁹². Este pronunciamiento evita que la Agencia Tributaria implantara una medida legal que jugaría el rol de una cláusula especial anti-abuso, ante las dificultades de acudir a las distintas modalidades de cláusulas generales: cláusula de conflicto del

una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”

⁸⁹SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L. y VIANA BARRAL, V., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: análisis normativo y comentario crítico”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 33, 2012, pág. 21

⁹⁰ La «cláusula stand-alone» se recogía en el antiguo artículo 20.5.a) TRLIS.

⁹¹ Principalmente la norma alemana permite aplicar el régimen *Zinsschranke* a cada empresa del grupo por separado. Sin embargo, para sociedades de capital se limita su aplicación, considerando el grupo como una sola unidad. Esta regla supone una clara desventaja porque de este modo se limita también la aplicación del umbral de los 3 millones de euros a un solo supuesto. Vid. NIEHUS, U., WILKE, H y MULLER, A, op. cit., pág. 241.

⁹² El TEAC entiende que la operación, estudiada en la Resolución de 1 de junio de 2010, no responde al propósito de eludir el impuesto, sino a auténticas razones económicas. En consecuencia, el TEAC anula la resolución administrativa de fraude de Ley sobre la base, entre otros argumentos, de que la operación directa de adquisición se llevó a cabo entre dos sociedades plenamente operativas que no podían calificarse como entidades instrumentales y de que existían sinergias entre la sociedad adquirente y la filial adquirida que aconsejaban la consecución de los objetivos perseguidos a través de la adquisición de la filial.

artículo 15 de la Ley General Tributaria o la del artículo 16 de simulación⁹³. Estos motivos económicos válidos suponen una vía de escape para la aplicación de su consecuencia jurídica, sujeta a la prueba de la existencia de tales motivos que den explicación a la concurrencia de esas circunstancias que al legislador le parecerían indicativas de abuso.

Se nos puede presentar la duda de qué se puede considerar como “motivos económicos válidos”, ya que la norma no los especifica. A estos efectos, en la exposición de motivos se indica que podrían ser motivos razonables “supuestos de reestructuración dentro del grupo, (...) o bien aquellos supuestos en los que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde territorio español”. Esta figura también es recogida por las normas de los países de nuestro entorno, conocida como *business reason exception*⁹⁴.

Otro concepto imprescindible para la correcta aplicación de la norma es el de **gastos financieros**. Estos se entienden como el resultado de restar a los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, los gastos financieros (excluidos aquellos que no son deducibles), que se devenguen en el mismo periodo impositivo:

Ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios – Gastos financieros (excluidos gastos financieros no deducibles) = Gastos Financieros Netos

La Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012, establece unos criterios interpretativos necesarios para garantizar la correcta aplicación del concepto de gastos financieros⁹⁵:

- Los gastos e ingresos tenidos en cuenta para la aplicación del límite, deben estar relacionados con el endeudamiento empresarial y estar recogidos en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad.

⁹³ Vid. GARCÍA NOVOA, C. op. cit., pág. 49.

⁹⁴ “La normativa sueca añade al supuesto de inaplicabilidad por existencia de motivos económicos válidos un supuesto adicional de exclusión de la aplicación de la limitación para los casos en los que los intereses estén sujetos a tributación en la sociedad vinculada receptora del pago de esos intereses en la medida en que esta sea la beneficiaria efectiva (para evitar la interposición de sociedades en jurisdicciones con un tipo de tributación más alto mediante una estructura de *back-to-back*) y tribute a un tipo de gravamen de, al menos, el 10%”. Entendemos que resultaría interesante añadir este supuesto de exclusión de la aplicación de la limitación a la norma española. Vid. SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V. op.cit., págs. 22-23.

⁹⁵ Este instrumento hermenéutico utiliza el razonable criterio de considerar que existen gastos financieros cuando, de acuerdo con la normativa contable, se genere un pasivo financiero. De esta manera, no se incluyen los gastos que se incorporen al valor de activos ni los derivados de la actualización de provisiones. Y respecto a las coberturas, sólo se incluirán cuando sus efectos estén vinculados con el endeudamiento directo, esto es, deriven del endeudamiento y se hayan integrado en la cuenta de pérdidas y ganancias. Menos clara es la citada resolución respecto a las variaciones de valor razonable de los instrumentos financieros. Éstas, contablemente, no se incluyen en la partida de gastos, pero en la medida en que procedan de un cambio en el valor razonable de un pasivo financiero, deben considerarse, también, gastos financieros. DE LA TORRE DÍAZ, F., “La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el RDL 12/2012”. *Actum Fiscal*, 2012, núm. 63, pág. 53.

- No computan como gastos financieros⁹⁶:
 - 1) Los intereses incorporados al valor de un activo.
 - 2) Gastos derivados de actualización de previsiones.
 - 3) Aquellos gastos no deducibles en virtud de otra norma.
- Los ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios, se recogen en la partida 12 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias, cuentas 761 y 766⁹⁷.
- La cuantía de ingresos y gastos procedentes de entidades vinculadas, es la que resulte después de los ajustes de la normativa sobre operaciones vinculadas⁹⁸.
- Existen una serie de elementos que no son considerados como gasto o ingreso desde un punto de vista contable, pero sí lo son desde el punto de vista fiscal. Estos son⁹⁹:
 - 1) Los gastos por deterioro del valor de créditos que se correspondan con intereses devengados y no cobrados.
 - 2) Las diferencias de cambio que se integren en la cuenta de pérdidas y ganancias del periodo impositivo y que deriven de cualquier endeudamiento que se encuentre afectado por la aplicación del artículo 20 del TRLIS.
 - 3) Los gastos e ingresos derivados de coberturas financieras que cubran deudas de la entidad.
 - 4) Los resultados positivos o negativos derivados de contratos de cuentas en participación que corresponden al partícipe no gestor.

Con respecto al concepto de **beneficio operativo**, la norma lo entiende como el resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, con determinados ajustes:

⁹⁶ Además de los citados, la normativa italiana no incluye entre los gastos financieros sometidos a limitación los devengados en relación con contratos de financiación asegurados con garantía hipotecaria o los derivados de cuentas comerciales a pagar. SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V. op. cit., Pág. 24.

⁹⁷ SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V. op. cit., Pág. 25.

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹ *Ibidem*



- Eliminando¹⁰⁰ de esa cuenta: la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras y el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado.
- Añadiendo¹⁰¹ a esta cuenta: Los dividendos o participaciones en beneficios procedentes de entidades en las que:
 - 1) se mantenga una participación de un 5 %, o
 - 2) un coste de adquisición superior a 6 millones de euros¹⁰².

Excepto cuando la participación haya sido adquirida con deuda intragrupo cuyos intereses sean no deducibles (artículo 14.1 h) TRLIS).

- Esta exclusión sólo subsistirá mientras exista esa deuda intragrupo¹⁰³.
- El concepto de beneficio operativo se asemeja al EBITDA, pero con ciertos ajustes¹⁰⁴.
- La DGT, en su Resolución precisa que no se deben computar como integrantes del beneficio operativo¹⁰⁵ los ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios que forman parte de la cifra neta de negocios de determinadas entidades que, por las características

¹⁰⁰ La eliminación de estos elementos del beneficio operativo según palabras de SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V, supone un grave problema para los inversores en España. Ya que las entidades no pueden utilizar gastos financieros no deducidos en años anteriores para compensar las plusvalías derivadas de ventas de inmovilizado en la desinversión. Este problema se soluciona con la introducción de la exclusión de limitación en el período impositivo en que se produzca la extinción de la sociedad.

¹⁰¹ Esta decisión se parta de la normativa alemana e italiana. Supone una ventaja para el contribuyente al incrementar el beneficio operativo del ejercicio, y en consecuencia, aumentar el gasto financiero neto deducible.

¹⁰² Excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resultaran deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 14 de esta ley.

¹⁰³ La interpretación de la Resolución sobre la exclusión del beneficio operativo de participaciones o dividendos adquiridos con deuda de intragrupo cuyos intereses no sean deducibles (artículo 14.1 h) TRLIS). Esta exclusión sólo subsistirá mientras exista esta deuda intragrupo.

¹⁰⁴ El cálculo del *EBITDA fiscal* en el sistema español parte del beneficio operativo, mientras que el *EBITDA Fiscal* en Alemania, además tiene que ser ajustado por ingresos y gastos financieros. El sistema español permite además incluir en el *EBITDA fiscal* aquellos ingresos financieros, procedentes de dividendos o participaciones en beneficios, cuando se cumplan ciertos requisitos respecto a la cuota de participación y su valor de adquisición. El sistema alemán por su parte establece que solamente el 5 por 100 de los ingresos financieros, procedentes de dividendos y otras participaciones en beneficios pueden entrar en el cómputo del *EBITDA fiscal*. NIEHUS, U. op. cit. pág. 242.

¹⁰⁵ Debe tenerse en cuenta que, con carácter general, es más beneficioso que un ingreso se considere financiero, pues así compensa gastos financieros por un 100% de su cuantía, pues si se entendiera que integra el beneficio operativo (en lugar de considerarse ingreso financiero) sólo permitiría la deducción de gastos financieros por un 30% de su cuantía. SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V. op. cit., Pág. 26.

propias de su actividad, se incluirían en los ingresos financieros dentro del beneficio operativo.

Debemos hacer especial referencia a los gastos financieros netos generados por **agrupaciones de intereses económicos y uniones temporales de empresas**¹⁰⁶.

Los casos en que las agrupaciones de intereses económicos no puedan incluir en su base imponible los gastos financieros generados, se imputaran a los socios de la entidad. Por el contrario, a la hora de calcular el límite a la deducción, sí se tendrán en cuenta los gastos financieros que se imputan a los socios¹⁰⁷.

Por otro lado, los supuestos que se encuentren bajo el **régimen de consolidación fiscal**, seguirán las mismas reglas establecidas para las entidades independientes con ciertas particularidades debido a la propia naturaleza del régimen.

Con respecto al límite general de deducibilidad en este régimen, se aplica sobre el del grupo fiscal en su conjunto. Para hallar este límite será preciso conocer como calcular la base imponible del grupo, esta es la suma de las bases imponibles individuales de las entidades del grupo, con las eliminaciones, incorporaciones que corresponda realizar y la compensación de bases imponibles negativas del grupo fiscal¹⁰⁸.

La Resolución de la DGT también se pronuncia sobre la posterior distribución de los gastos financieros no deducibles entre las sociedades del grupo. Establece que deberán realizarse en primer lugar entre las entidades cuyos gastos financieros netos (individuales) excedan del 30% de su beneficio operativo. Así los gastos financieros y el beneficio operativo de cada entidad serán los que esta aporte al grupo de consolidación fiscal. A continuación plasmaremos la teoría sobre grupos consolidados en un ejemplo¹⁰⁹:

¹⁰⁶ Las agrupaciones de interés económico españolas, las agrupaciones europeas de interés económico y las uniones temporales de empresas no tributan por el impuesto sobre sociedades por la parte correspondiente a la base imponible imputable a los socios residentes en territorio español (Cfr. Arts. 43-47 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, o equivalentes del Real Decreto Legislativo 4/2004 que aprueba el TRLIS). Vid. SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V. op. cit. Pág. 26.

¹⁰⁷ Artículo 20.3 del TRLIS

¹⁰⁸ En la interpretación del cálculo de base imponible individual en la Resolución de la DGT, se establece que “supone considerar, excepcionalmente a nivel de base imponible individual, las circunstancias del grupo, teniendo en cuenta tanto los gastos financieros netos totales del período impositivo como el beneficio operativo del grupo fiscal”. Por lo tanto, entiendo que no es la simple suma de las bases imponibles, ya que para el cálculo de estas hay que tener en cuenta desde el principio, su pertenencia al grupo.

¹⁰⁹ RODRIGO CHAQUES, G. op. cit., pág. 72.

A, B, C y D forman un grupo de consolidación fiscal; se presume que no hay eliminaciones ni incorporaciones por operaciones internas.

BO de cada entidad: 1.000.000

GF del año 0:

- | | | |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">• A: 200.000• B: 100.000• C: 500.000• D: 600.000 | } | <p>BO del grupo: 4.000.000</p> <p>Límite de GF: $30\% \times 4.000.000 = 1.200.000$</p> <p>GF del grupo 1.400.000, con lo que hay GF no deducibles por importe de 200.000 (superan el límite de 1 millón de euros)¹.</p> |
|---|---|--|

GF del grupo 1.400.000, con lo que hay GF no deducibles por importe de 200.000 (superan el límite de 1 millón de euros)¹¹⁰.

3.1.2. Limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre:

La última reforma del régimen de limitación a la deducibilidad de los gastos financieros vino impulsada por una serie de recomendaciones del Consejo Europeo, del 23 de mayo de 2013, en relación con el Programa de Estabilidad Presupuestaria y Reformas del Reino de España para los períodos 2013-2016. Esta Institución emitió una serie de importantes recomendaciones al Gobierno español para cambiar su fiscalidad antes de 2014¹¹¹.

El objetivo en este apartado es analizar las novedades introducidas por la nueva ley y su comparación con la legislación inmediatamente anterior (TRLIS tras su reforma por el Real Decreto-ley 20/2012).

En primer lugar, debemos mencionar que a grandes rasgos, permanece la estructura general de la anterior legislación. Pero bajo esta estructura, se han introducido numerosos y pequeños cambios, que en su conjunto suponen una modificación sustancial de la norma. Sigue estando formada por dos pilares principales. Estos pilares son la no deducibilidad de determinados gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades y el establecimiento de un límite general a la deducibilidad. Pero además, en la redacción actual de la norma, se introduce un nuevo límite adicional.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, debemos reseñar que el límite a la deducibilidad de los gastos financieros sufre un cambio en la numeración del precepto

¹¹⁰ En el ejemplo se consideran como gastos financieros no deducibles el importe de 200.000 ya que supera tanto el límite porcentual del 30% como el absoluto del millón de euros. Sin embargo, si las sociedades citadas hubieran tributado en régimen individual, todas ellas hubieran podido aplicar el límite absoluto del millón de euros y no habría gastos financieros a deducir en el futuro. Tanto el ejemplo como las conclusiones han sido obtenidas en RODRIGO CHAQUES, G. op.cit., pág. 68.

¹¹¹Vid. GARCÍA NOVOA, C. op. cit., pág. 52.

que lo contiene. En la Ley vigente del Impuesto de Sociedades se regula en el artículo 16, pero en las legislaciones anteriores, se regulaba en el artículo 20 de la Ley 43/1995 (a partir de la redacción dada por el Real Decreto-Ley 12/2012 de 30 de marzo).

El primer pilar antes mencionado alude a la **no deducibilidad** en el Impuesto sobre Sociedades de determinados gastos financieros. Son tres los supuestos de gastos no deducibles (apartados g, h, y j del artículo 15), en comparación con la anterior regulación en la que sólo se recogía un supuesto de gasto no deducible¹¹². Estos gastos son:

- Los gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en estos¹¹³. Nada dice de la necesidad de que esos gastos se den entre personas o entidades vinculadas con la sociedad, por lo que se interpreta que el único requisito es que el gasto tenga origen en países o territorios calificados como paraísos fiscales¹¹⁴.
- Los gastos financieros derivados de deudas dentro de un grupo destinadas a adquisiciones apalancadas que se efectúen en el seno de un grupo de sociedades. Los referidos gastos no deducibles son¹¹⁵:
 - 1) La adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades o
 - 2) La aportación al capital o fondos propios de otras entidades del grupo.
- Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas¹¹⁶ que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en la jurisdicción donde se sitúe esta entidad vinculada, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento¹¹⁷. En otras palabras, el legislador ha querido asegurar que las sociedades

¹¹² Artículo 14.1 h) TRLIS

¹¹³ Excepto que el contribuyente pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada. Lo que denominamos motivos económicos válidos.

¹¹⁴ Recogido en el artículo 15 g) de la Ley 27/2014

¹¹⁵ Recogido en el artículo 15 h) de la Ley 27/2014. Es el único supuesto que se preveía en la legislación inmediatamente anterior, recogido en el artículo 14.1 h) TRLIS.

¹¹⁶ Recogido en el artículo 15 j) de la Ley 27/2014

¹¹⁷ En caso de participación en entidades no residentes, se exige que la participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10% (ya sea sobre la renta, ingresos u otros elementos indiciarios de la renta), con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción. (En línea) http://www.aedaf.es/plataforma/2015_ria01_d_resumen_is_reforma_fiscal.pdf pág.26 (consultado el 20 de mayo de 2015)

que se encuentren en el supuesto mencionado, estén obligadas al pago de un mínimo, mediante la prohibición de tributar a un tipo inferior al 10%.

Por otro lado, el segundo pilar esencial hace referencia a una **limitación general** de los gastos financieros netos de entre los que sí se permite su deducción. Esta limitación general se aplicará en los siguientes términos:

- Son deducibles los gastos financieros netos en el Impuesto de Sociedades con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio.
- Son deducibles en todo caso, los gastos financieros netos que no excedan de un millón de euros. En caso de que el periodo impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año, el millón se prorrateará de forma proporcional a la duración del periodo impositivo respecto del año.
- Con independencia de que los gastos financieros deriven de deudas con personas con personas o entidades vinculadas o independientes¹¹⁸.
- El exceso de gastos financieros que no se haya podido deducir en el periodo por haber superado el límite, podrá deducirse sin límite temporal, junto con los del periodo impositivo correspondiente y con sujeción al mismo límite general (*Carry forward*). Se elimina el límite temporal de 18 años establecido por el RDL 20/2012, otorgando mayor libertad a la hora de la deducción de estos gastos¹¹⁹.
- Los gastos financieros netos que no alcanzan el límite en un determinado ejercicio, la cuantía no consumida de dicho límite podrá utilizarse en los cinco años inmediatos y sucesivos¹²⁰. Su importe se adicionará al límite general que

¹¹⁸ Se mantienen las características del sujeto pasivo introducido por el RDL 20/2012, por el que la aplicación de las reglas de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros se extiende a todas las empresas, sin tener en cuenta su pertenencia a un grupo o no.

¹¹⁹ El autor entiende que este cambio en la legislación, solucionará el problema mencionado en el punto anterior, en el que se introducían los graves efectos que supondría la limitación en la deducción de gastos financieros netos para aquellas entidades que hubieran llevado a cabo proyectos que necesariamente tuvieran un nivel de apalancamiento elevado, por las propias características del proyecto. Al eliminarse el límite se reduce el riesgo de que grandes cuantías de gastos financieros netos queden sin deducirse en supuestos como el mencionado más arriba.

¹²⁰ La Nota nº 1/15 de la Subdirección General y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria, relativa a la limitación de los gastos financieros prevista en el artículo 16 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre, establece que respecto al “orden en que debe operar cada uno de los límites relativos al beneficio operativo (una suerte de LIFO de beneficio operativo), señala que la Dirección General de Tributos en su resolución de 16 de julio de 2012, entendiendo que en primer lugar se aplica el propio límite del periodo impositivo (se refiere al 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo) y adicionalmente y con posterioridad a este, es cuando se deducirán los gastos financieros netos hasta alcanzar la diferencia que proviene de periodos impositivos anteriores”.

resulte de aplicación en tales años, de igual manera que se preveía en la legislación anterior.

Es importante mencionar la existencia de una serie de **supuestos excluidos** de la aplicación de la limitación general a la deducibilidad de gastos financieros:

- Las entidades de crédito¹²¹ y las aseguradoras se excluyen de la aplicación del límite en la deducibilidad de gastos financieros. Recordamos que el RDL 20/2012 introdujo el supuesto de exención referente a las entidades aseguradoras¹²².
- Las entidades que se extingan, salvo en el caso en que la extinción fuera consecuencia de una operación de reestructuración.

A continuación exponemos un ejemplo de cómo debe arrastrarse a futuro la diferencia del beneficio operativo pendiente de aplicar que se hubiera producido en un periodo impositivo¹²³:

La Subdirección General y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria entiende que el límite del beneficio operativo es un límite acumulado compuesto por la suma del 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo y por la diferencia pendiente de los periodos impositivos anteriores (dentro de los 5 años); una vez superado dicho límite se admitiría en todo caso la deducibilidad de gastos financieros netos del periodo impositivo por 1 millón de euros. Es decir, la referencia de la LIS a 1 millón de euros debe entenderse como un mínimo a deducir en el periodo impositivo una vez que se haya aplicado el límite acumulado formado por el 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo y por la diferencia pendiente que se arrastre de ejercicios anteriores.

¹²¹ La Ley 27/2014 en su apartado 6 a) del artículo 16, entiende por entidades de crédito lo siguiente: “aquellas entidades cuyos derechos de voto correspondan, directa o indirectamente, íntegramente a aquellas, y cuya única actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades”.

¹²² En base a la Ley 27/2014 en su apartado 6 a) del artículo 16: La legislación da el mismo tratamiento que a estas entidades a: los fondos de titulización hipotecaria, Fondos de Inversión, y los fondos de titulización de activos a que se refiere la Disposición adicional quinta.2 de la Ley 3/1994, de 14 de abril.

¹²³ Ejemplo de cómo debe arrastrarse a futuro la diferencia del beneficio operativo pendiente de aplicar que se hubiera producido en un periodo impositivo. El ejemplo se expone en la Nota nº 1/15 de la Subdirección General y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria, relativa a la limitación de los gastos financieros prevista en el artículo 16 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre. (en línea) http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/GastosFinancieros.pdf (consultado el 28 de mayo de 2015)

Ejemplo:

GFN (gasto financiero neto):

Año 0: 800.000.

Año 1: 1.200.000.

Límite del BO (beneficio operativo):

Límite anual del año 0 30% BO = 1.150.000

Límite acumulado: límite anual del año 1 30% BO + Diferencia pendiente del año 0 = 950.000 a los que se adicionará 350.000 (1.150.000 – 800.000) del ejercicio anterior = **1.250.000**

	AÑO 0	AÑO 1
LÍMITE B.O	Deducible año 0: 800.000 BO año 0 a adicionar en los 5 años siguientes y sucesivos: 350.000 (1.150.000-800.000)	Deducible año 1: 950.000 Deducible del año 0: 250.000 BO año 0 pendiente de adicionar en los 4 años siguientes y sucesivos: 100.000 (350.000 - 250.000)
LÍMITE 1 MILLÓN EUROS	Año 0: 0	Año 1: 0

Explicación del ejemplo:

A) En el año 1 los GFN superan el 30 por ciento del BO del propio periodo impositivo. Hasta dicho importe será fiscalmente deducible en su totalidad. (950.000 euros)

B) Adicionalmente, el exceso de GFN del año 1 podrá deducirse hasta el límite del BO que se arrastre de los 5 periodos impositivos anteriores. (250.000 euros). El BO del año 0 pendiente de adicionar en los 4 años siguientes y sucesivos (a partir del año 1 ya sólo quedarían 4 años): 100.000 (350.000-250.000).

C) Si aún así hubiera GFN del periodo impositivo pendientes de deducir porque su importe fuera superior al del límite conjunto, cosa que no ocurre en el ejemplo, es cuando deberemos comprobar si el total deducido en el periodo impositivo es superior o inferior a 1 millón de euros:

- Si lo que se ha deducido en el periodo impositivo fuera ya superior a 1 millón de euros: no habrá posibilidad de deducir más GFN.
- Si lo que se ha deducido en el periodo impositivo fuera inferior a 1 millón de euros: se podrá deducir hasta el importe de 1 millón. Si bien no quedaría beneficio operativo que arrastrar a los periodos impositivos siguientes.

Además de la limitación general, la nueva redacción incluye en el apartado 5 del artículo 16 **otro límite, específico y adicional** (doble límite). Esta novedad supone el principal cambio entre el artículo 20 de la TRLIS y el artículo 16 de la Ley 27/2014.

Con este segundo límite se quiere evitar que, en el transcurso de “una adquisición con apalancamiento financiero (operación financiada con fondos ajenos), la actividad adquirida soporte el gasto financiero derivado de su propia adquisición. Este límite será del 30 % del beneficio operativo de la propia entidad que realizó dicha adquisición, sin incluir el beneficio operativo de cualquier otra entidad que se fusione con ésta en los cuatro años posteriores”¹²⁴. Existen opiniones críticas a esta nueva medida¹²⁵.

Esta medida fiscal, establece una nueva restricción a la deducibilidad del gasto derivado de operaciones de adquisición de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades¹²⁶ cuando, con posterioridad, la entidad adquirida se incorpora al grupo fiscal de la adquirente o es objeto de una operación de reestructuración. A estos efectos¹²⁷:

- Se limita la restricción en caso de fusión o incorporación a un grupo de consolidación fiscal a un periodo de 4 años desde la compra.
- Se prevé la posibilidad de que el gasto financiero no deducible por este motivo pueda compensarse en los periodos siguientes (de acuerdo con las reglas generales de deducibilidad del gasto financiero).

¹²⁴ *Limitación a la deducibilidad de los gastos financieros: leveraged buyout (LBO)*, en Boletín de alertas fiscales de Gómez-Acebo & Pombo, núm. de diciembre. 2014. Madrid. (en línea) <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/boletines/item/1757-limitaci%C3%B3n-a-la-deducibilidad-de-los-gastos-financieros-leveraged-buyout-lbo> (consultado el 5 de mayo de 2015)

¹²⁵ En la práctica afectará a un reducido número de contribuyentes, los cuales, salvo casos contados, podrán reestructurar sus situaciones financieras virando hacia el óptimo fiscal. Bien se comprende que ese viaje financiero en pos de la mejor estación fiscal no se realiza en el tren de la neutralidad. Vid. SANZ GADEA E., “El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (I)”. *Estudios financieros*. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios y casos prácticos, núm. 384, 2015, pág. 25

¹²⁶ Artículo 83 Limitación en la deducción de gastos financieros destinados a la adquisición de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades

¹²⁷ BLASCO MERINO J., “Modificaciones introducidas por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, en el Impuesto sobre Sociedades (primera parte)”, *Estudios financieros*, Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios y casos prácticos, núm. 383, 2015, pág. 42.

- Se señala que este límite a la deducción del gasto financiero no será aplicable:
 - (i) No resultará de aplicación en el período impositivo en que se adquieran las participaciones, si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 % del precio de adquisición.
 - (ii) No se aplicará en los períodos impositivos siguientes siempre que el importe de esa deuda se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los 8 años siguientes, hasta que la deuda alcance el 30 por ciento del precio de adquisición¹²⁸.
- Finalmente, la disposición transitoria decimoctava de la LIS prevé que las restricciones a la deducibilidad indicadas no serán aplicables a operaciones de reestructuración realizadas antes del 20 de junio de 2014, ni a operaciones de reestructuración realizadas con posterioridad a 20 de junio de 2014 entre entidades ya integradas en el mismo grupo de consolidación fiscal en periodos impositivos iniciados con anterioridad a dicha fecha¹²⁹.

En esencia, el artículo 15 a) de la Ley 27/2014 equipara el tratamiento fiscal que corresponde a la financiación mediante las aportaciones a los **fondos propios** y la financiación mediante **préstamo participativo**¹³⁰ dentro de un grupo. Esta equiparación se lleva a cabo mediante la no deducibilidad de los gastos que representen una retribución de los fondos propios. Tendrá tal consideración la retribución de préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades.

¹²⁸ En palabras de la Asociación Española de Asesores fiscales (en adelante AEDAF) “en los años siguientes a la adquisición se amortice al menos en un 12,5% hasta que alcance la deuda alcance el nivel del 30% sobre el precio de adquisición” (En línea) http://www.aedaf.es/plataforma/2015_ria01_d_resumen_is_reforma_fiscal.pdf pág.16 (consultado el 25 de mayo de 2015)

¹²⁹ En línea <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Novedades/Documents/Comentario-Fiscal-7-2014.pdf> pág.8 (consultado el 27 de abril de 2015)

¹³⁰ La característica principal de los préstamos participativos es que el interés está determinado por una variable asociada a la actividad de la entidad prestataria, y el efecto que los singulariza es que constituyen patrimonio neto en relación con la determinación de las situaciones de reducción del capital y disolución de sociedades. Todo préstamo que reúna las características recogidas en el artículo 20 del RDL 7/1996 es participativo, aun cuando la entidad prestataria se halle constituida con arreglo a las leyes extranjeras. Esta circunstancia determina que los intereses percibidos por entidades residentes en territorio español derivados de préstamos participativos otorgados en el seno de un grupo mercantil tendrán derecho a la exención (se evita así la doble imposición), excepto si dichos intereses generan un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora, lo cual puede plantear problemas con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. Vid. SANZ GADEA E, op. cit, pág. 24 y 25.

Vemos un ejemplo de la limitación adicional a la deducibilidad de los gastos financieros por la adquisición de participaciones (art. 16.5 de la LIS)¹³¹:

Una sociedad adquiere al 1 de octubre 2015 una participación en otra entidad, invirtiendo la suma de 6.000.000 €. Se financia en 4.000.000 € a través de una entidad bancaria, al tipo del 4 por 100, con dos años de carencia y una amortización de 1.500.000 € para el primer vencimiento anual, 1.200.000 € para el segundo, 1.000.000 € para el tercero, y 300.000 € para el cuarto. El beneficio operativo es de 150.000 € en 2015, con incremento anual de 20.000 €. No posee otra financiación externa ni tiene ingresos financieros derivados de aportación de capitales propios.

AÑO		INTERESES		BO
2015	$4.000.000 \times 4 / 100 / 4 \times 1 =$	40.000€	40.000€	150.000€
2016	$4.000.000 \times 4 / 100 =$	160.000€	160.000€	170.000€
2017	$4.000.000 \times 4 / 100 / 4 \times 3 =$	120.000€		
	$2.500.000 \times 4 / 100 / 4 \times 1 =$	25.000€	145.000€	190.000€
2018	$2.500.000 \times 4 / 100 / 4 \times 3 =$	75.000€		
	$1.300.000 \times 4 / 100 / 4 \times 1 =$	13.000€	88.000€	210.000€
2019	$1.300.000 \times 4 / 100 / 4 \times 3 =$	39.000€		
	$300.000 \times 4 / 100 / 4 \times 1 =$	3.000€	42.000€	230.000€
2020	$300.000 \times 4 / 100 / 4 \times 3 =$	9.000€	9.000€	250.000€
2021				270.000€

A estos intereses no se les aplicará la no deducibilidad del art 15.h de la LIS por no tratarse de endeudamiento procedente de entidades del grupo, pero si la limitación general del artículo 16 de la LIS, si bien en este caso no tendrá efecto por tratarse de gastos financieros netos (GFN) inferiores a 1 millón de euros. Sí les será aplicable la limitación específica del art 16.5 de la LIS.

¹³¹ Ejemplo de limitación adicional a la deducibilidad de los gastos financieros por la adquisición de participaciones (art. 16.5 de la LIS). (en línea) <http://joancerda.com/blog/index.php/la-deducibilidad-de-los-gastos-financieros-en-el-impuesto-sobre-sociedades/> (consultado el 16 de junio de 2015)

Veamos cada uno de los años:

2015.- Como es el primer año y se ha financiado con deuda en un porcentaje inferior al 70 por 100 (66,66 por 100), no se aplica la limitación del art 16.5 de la LIS. Son por tanto deducibles los 40.000 € de intereses.

2016.- Al ser un ejercicio distinto del primero y no se ha amortizado cantidad alguna, se aplica la limitación de intereses. Para no limitarse debería haberse amortizado al menos $4.000.000 \text{ €} / 8 = 500.000 \text{ €}$ o el importe del endeudamiento ser a fin de año inferior a $6.000.000 \text{ €} \times 30 / 100 = 1.800.000 \text{ €}$. Los intereses deducibles serán del 30 por 100 del BO: $170.000 \text{ €} \times 30 / 100 = 51.000 \text{ €}$. El resto de intereses 109.000 € ($160.000 \text{ €} - 51.000 \text{ €}$) se deducirán, en su caso, en los ejercicios posteriores.

2017.- Al haberse amortizado 1.500.000 € (más de 500.000 €), no se aplicará la limitación y por tanto pueden deducirse la totalidad de los intereses, es decir, 145.000 €. No podrán deducirse los intereses pendientes del ejercicio anterior (109.000) por haberse sobrepasado el límite del ejercicio (30×100 sobre 190.000 € = 57.000 €).

2018.- Al haberse amortizado 1.200.000 € (más de 500.000 €), no se aplicará la limitación y por tanto pueden deducirse la totalidad de los intereses, es decir, 88.000 €. No podrán deducirse los intereses pendientes del ejercicio 2016 (109.000 €) por haberse sobrepasado el límite del ejercicio (30×100 sobre 210.000 € = 63.000 €).

2019.- Al haberse amortizado 1.000.000 € (más de 500.000 €), no se aplicará la limitación y por tanto pueden deducirse la totalidad de los intereses, es decir, 42.000 €. En ese ejercicio ya podrá deducirse una parte de los intereses limitados de 2016, ya que el límite del 30 por 100 del BO de 2019 es de 69.000 € ($30 \text{ por } 100$ sobre 230.000 €). El importe a deducir será de 27.000 € ($69.000 \text{ €} - 42.000 \text{ €}$). Quedará un remanente a deducir de 2016 de 82.000 € ($109.000 \text{ €} - 27.000 \text{ €}$).

2020.- Al haberse amortizado 300.000 € (menos de 500.000 €), debería aplicarse la limitación; ahora bien como el endeudamiento a final de ejercicio es cero, inferior por tanto al 30 por 100 de la inversión (1.800.000 €) no se aplicará finalmente la limitación y por tanto pueden deducirse la totalidad de los intereses, es decir, 9.000 €. En ese ejercicio también podrá deducirse una parte de los intereses limitados de 2016, ya que el límite del 30 por 100 del BO de 2020 es de 75.000 € ($30 \text{ por } 100$ sobre 250.000 €). El importe a deducir será de 66.000 € ($75.000 \text{ €} - 9.000 \text{ €}$). Quedará un remanente a deducir de 2016 de 16.000 € ($82.000 \text{ €} - 66.000 \text{ €}$).

2021.- Se podrá deducir el remanente anterior (16.000 €) al ser inferior al 30 por 100 del BO ($30 \text{ por } 100$ de 270.000 € = 81.000 €).

Siguiendo el esquema utilizado para analizar la normativa anterior, nos centramos en el estudio de aquellos **conceptos** sobre los que se ha producido alguna modificación con la entrada en vigor de la nueva Ley.

En general los conceptos permanecen en la nueva Ley sin modificaciones con respecto a su redacción en la norma anterior. Se mantienen entonces los conceptos de grupo, gastos financieros y motivos económicos válidos.

Con respecto al concepto de beneficio operativo sí se ha producido modificación. Recordamos que para su cálculo nos basábamos en el resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, y a este resultado se le eliminaban y añadían una serie de elementos:

- Se eliminaban de esa cuenta: la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras y el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado.

- Se añadirían a esta cuenta: los dividendos o participaciones en beneficios procedentes de entidades en las que:
 - se mantenga una participación de un 5 % (como se exigía en el TRLIS), o
 - una inversión mínima de veinte millones de euros en la otra entidad, frente a los seis millones exigidos en la normativa anterior. Se aumenta la inversión mínima exigida en otras entidades para computar los dividendos y participaciones en beneficios en el cálculo de su beneficio operativo¹³².

Una novedad de la Ley 27/2014 es la introducida en su artículo 25, la **Reserva de capitalización**. Aunque se aparta de la temática de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros netos, hemos considerado importante hacer una breve mención debido a que con esta medida se busca aumentar la capitalización de las entidades en España, compartiendo así objetivos con las medidas establecidas en el artículo 16¹³³.

Es un nuevo incentivo fiscal¹³⁴, que sustituye la tradicional deducción por reinversión¹³⁵. Este incentivo, permite que los contribuyentes que tributen al tipo

¹³² Pero desde un punto de vista crítico, esta barrera puede ser fácilmente franqueada por las grandes compañías, para las cuales no supone esfuerzo alguno cumplir con cualquiera de los dos requisitos arriba mencionados. Siendo estas grandes compañías las que suponen el verdadero quebranto para las arcas públicas desde el punto de vista de la limitación de los gastos financieros. Por el contrario, si supondrá una barrera para aquellas sociedades de tamaño medio, que no lleguen a una participación del 5% en otra entidad, y que muy difícilmente tengan la capacidad de cumplir con el requisito de la inversión mínima de 20 millones de euros.

¹³³ No obstante, la AEDAF critica que su impacto en ahorro de la factura fiscal es muy inferior al que proporcionan las anteriores deducciones por reinversión y por inversión (12% deducción cuota artículo 42 TRLIS, o 10% deducción cuota artículo 37 TRLIS frente al 2,5% de deducción en cuota de la Reserva de Capitalización). (En línea) http://www.aedaf.es/plataforma/2015_ria01_d_resumen_is_reforma_fiscal.pdf pág.20 (consultado el 16 de junio de 2015)

¹³⁴ La deducción de un interés nocial en el impuesto sobre sociedades es una medida fiscal introducida en países de nuestro entorno como Bélgica, Italia y Luxemburgo, aunque no se ha implantado en España. La planteamos ya que podría ser una alternativa a la reserva de capitalización, aunque con consecuencias diferentes. Su aplicación supone una deducción fiscal en la base imponible atendiendo a un interés ficticio calculado en función del interés de los bonos del Estado. Esta ventaja fiscal se aplica cuando la sociedad se financia con recursos propios en lugar de utilizar financiación ajena. La medida reduce la discriminación fiscal existente en la toma de decisión del medio de financiación de la sociedad (financiación propia o ajena) ya que las empresas pueden deducirse los intereses derivados de la financiación ajena. Los escasos estudios de impacto que se han realizado sobre el mismo señalan que son las grandes empresas las que se beneficiarían de esta medida, con apenas efecto en las PYMEs. Además su implantación en España supondría una importante pérdida recaudatoria en el Impuesto sobre Sociedades. Por todo ello, se desaconseja su implantación en el sistema fiscal español. Vid. BLANCO GARCÍA, A. (2014), "La deducción del interés nocial en el Impuesto sobre Sociedades: un estudio comparado". *Crónica Tributaria Boletín de Actualidad* 1/2014, págs. 2-9.

¹³⁵ En línea <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Novedades/Documents/Comentario-Fiscal-7-2014.pdf> pág.16 (consultado el 28 de abril de 2015)

general o al 30%¹³⁶, puedan reducir su base imponible en un 10% del importe del incremento de fondos propios de la entidad, siempre que se cumplan los siguientes requisitos¹³⁷:

- Que el importe del incremento de los fondos propios de la entidad se mantenga durante los 5 años siguientes desde el ejercicio al que corresponde la reducción, salvo por la existencia de pérdidas contables en la entidad.
- Que se dote una reserva indisponible por el importe de la reducción, que deberá figurar en el balance debidamente separada e identificada durante el plazo de los 5 años.

La reducción no podrá superar el 10% de la base imponible positiva previa a la reducción, a la integración de los ajustes por DTA¹³⁸ y a la compensación de bases imponibles negativas.

En el supuesto de insuficiencia de base imponible para aplicar la reducción, el exceso podrá reducirse de la base en los **dos años inmediatos y sucesivos**, conjuntamente con la reducción del propio ejercicio y con el mismo límite.

3.2. La normativa en Territorio Foral:

3.2.1. Navarra:

Al igual que ocurre con los Territorios Forales del País Vasco, el régimen tributario particular del Territorio Foral de Navarra se debe a motivos históricos, por lo que hemos considerado relevante hacer un breve resumen de los hitos a lo largo de su normativa fiscal.

La ley de 25 de octubre de 1839 confirmó sus fueros y mediante la ley de 16 de agosto de 1841 se reguló la integración política y económica de Navarra en la monarquía. En este proceso, Navarra conservó su poder financiero y tributario.

¹³⁶ Estas entidades son: entidades de crédito y entidades dedicadas a la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos

¹³⁷ MARTÍN ZAMORA, M. P. (2015), "Las nuevas reservas de capitalización y nivelación en el Impuesto sobre Sociedades". *Quincena fiscal* núm. 4, págs. 1-3.

¹³⁸ Activos por impuestos diferidos, conocidos como deferred tax assets (DTA). Son derechos que las entidades tienen frente a Hacienda. Se pueden generar por:

- incurrir en pérdidas deducibles (registrar bases imponibles negativas).
- gastos contables que no son fiscalmente deducibles.

Las DTA han sido recientemente reguladas en el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. En este Real Decreto-ley se introducen determinadas medidas destinadas a permitir que ciertos activos por impuestos diferidos puedan seguir computando como capital.

A partir de 1841, las relaciones económicas de Navarra con el Estado se han articulado a través de los denominados Convenios Económicos que se firmaron en los años 1877, 1922, 1941, 1969 y el último del año 1990, actualmente vigente. La Constitución de 1978, en su Disposición Adicional Primera, ampara y respeta los derechos históricos de Navarra¹³⁹ y en su disposición derogatoria mantiene la vigencia de la citada ley de 1839¹⁴⁰.

Estas competencias históricas son recogidas en la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra¹⁴¹. El convenio regula básicamente dos cuestiones: La armonización fiscal y la aportación de Navarra a las cargas generales del Estado¹⁴².

Centrándonos en las reglas para evitar la subcapitalización y las reglas de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en la Comunidad Autónoma de Navarra (en adelante CAN), debemos recordar la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, ambas de aplicación en territorio común, las cuales introdujeron por primera vez la subcapitalización en la normativa española. Estas normativas estatales irán marcando el compás de la evolución del régimen fiscal en la CAN, al contrario de lo que ha venido ocurriendo con las normas en materia de subcapitalización de los Territorios Históricos vascos. Es la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del impuesto de sociedades, la que introduce este concepto en su artículo 38¹⁴³.

¹³⁹ Disposición adicional primera de la Constitución Española de 1978: La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

¹⁴⁰ Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978:

1. Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

¹⁴¹ Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

¹⁴² GIL OCHOA M.A., ZUDAIRE ECHÁVARRI R. y MURUZABAL LERGA J., “El impuesto sobre sociedades en Navarra”, en *X encuentros técnicos OCEX*, en Sevilla los días 23 y 24 de mayo de 2013. (En línea) <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vqvQjGPckaUJ:www.ccuentas.es/encuentros/documentos/grupo5/CG%25205.7.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es> consultado el 6 de julio de 2015).

¹⁴³ Artículo 38 de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre. Dicho precepto versa sobre la limitación en la deducibilidad de determinados gastos financieros:

1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

Este precepto contenía las siguientes medidas para evitar la subcapitalización:

- Se considerarían dividendos los intereses generados del endeudamiento neto remunerado que superara el triple del beneficio operativo del periodo impositivo.
- Era de aplicación únicamente a las personas o entidades no residentes en territorio español. Este matiz del apartado 1 del artículo 38 fue declarado incompatible con el Derecho Comunitario por la STJUE *Lankhorst-Hohorst*. A raíz de esta sentencia, como ya hemos estudiado, se hizo necesario modificar este aspecto tanto en la normativa estatal (con la Ley 62/2003 de 30 de diciembre), como en la navarra.

La normativa navarra, a través del apartado siete del artículo 3 de la Ley Foral 35/2003 de 30 de diciembre, introdujo un nuevo apartado cuatro que establecía lo siguiente: “Lo previsto en este artículo *no será de aplicación* cuando la entidad vinculada no residente en territorio español *sea residente en otro Estado miembro* de la Unión Europea” (énfasis añadido). Se cumplía así con lo establecido en la STJUE *Lankhorst-Hohorst*.

- Cuando se solicite un coeficiente distinto al del triple del capital fiscal, por mediar un convenio de doble imposición, el nuevo coeficiente se basara en el endeudamiento que se produciría en condiciones normales de mercado.

En 2002 se añadió una frase al punto tres de este precepto por Ley Foral 3/2002, 14 marzo, de modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias. La frase rezaba “Lo previsto en este número no será de aplicación a las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales”.

Aún con las normas existentes en ese período para luchar contra la subcapitalización, las grandes empresas seguían siendo capaces de erosionar “la base imponible mediante la deducción de los gastos financieros, del fondo de comercio y de

2. Para la aplicación de lo establecido en el número anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo. Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

3. Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración Tributaria, en los términos del artículo 30, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el número 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

la llamada diferencia de fusión, que eran aparentemente legales e incluso legítimas (...) Por ello, se ha considerado oportuno atajar algunas de ellas mediante cambios legislativos”¹⁴⁴

En 2012 se le da una nueva redacción¹⁴⁵ al artículo 38, mediante el artículo tercero de la Ley Foral 10/2012, de 15 de junio. Este precepto abandona el término de

¹⁴⁴ Introducción de la la Ley Foral 10/2012, de 15 de junio, por la que se introducen diversas medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos, referente a su artículo tercero.

¹⁴⁵ Artículo 38 de la Ley Foral 10/2012, de 15 de junio, por la que se introducen diversas medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos:

1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio.

A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refiere el artículo 24.1.g).

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por 100 o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación del artículo 24.1.g).

En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del período impositivo por importe de 1 millón de euros.

Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos que concluyan en los 15 años inmediatos y sucesivos, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este número.

2. En el caso de que los gastos financieros netos del período impositivo no alcanzaran el límite establecido en el número 1 anterior, la diferencia entre el citado límite y los gastos financieros netos del período impositivo se adicionará al límite previsto en el citado número 1 anterior, respecto de la deducción de gastos financieros netos en los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia.

3. Los gastos financieros netos imputados a los socios de las entidades que tributen con arreglo a lo establecido en el artículo 107 se tendrán en cuenta por aquéllos a los efectos de la aplicación del límite previsto en este artículo.

4. Tratándose de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, el límite previsto en este artículo se referirá al grupo fiscal.

No obstante, los gastos financieros netos de una entidad que están pendientes de deducir en el momento de su integración en el grupo fiscal se deducirán con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo de la propia entidad.

En el supuesto de que alguna o algunas de las entidades que integran el grupo fiscal dejen de pertenecer a éste o se produjera la extinción del mismo, y existieran gastos financieros netos pendientes de deducir del grupo fiscal, estos tendrán el mismo tratamiento fiscal que corresponde a las bases liquidables negativas del grupo fiscal pendientes de compensar, en los términos establecidos en el artículo 131.

5. Lo previsto en este artículo no resultará de aplicación:

a) A las entidades que no formen parte de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, salvo que los gastos financieros derivados de deudas con personas o entidades que tengan una participación, directa o indirecta, en la entidad de al menos el 20 por 100, o bien los gastos financieros derivados de deudas con entidades en las que se participe, directa

subcapitalización y se ampara bajo la nueva denominación “limitación en la deducibilidad de los gastos financieros”. Esta nueva redacción va encaminada a potenciar la capitalización de las empresas, en la línea con las medidas adoptadas por la legislación estatal y por otros países de nuestro entorno.

A continuación pasaremos a explicar las novedades que introdujo este nuevo artículo 38 con respecto a los gastos financieros:

- No serán deducibles los gastos financieros generados dentro de un grupo de sociedades, cuando vayan destinados a la realización de determinadas operaciones con entidades que pertenecen al mismo grupo mercantil¹⁴⁶.

Esos gastos financieros podrán ser deducibles si el sujeto pasivo acreditase que existen motivos económicos válidos para la realización de esas operaciones.

- Serán deducibles los gastos financieros con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio y teniendo en cuenta que siempre serán deducibles hasta el importe de un millón de euros.
- Se establece un periodo de 15 años inmediatos y sucesivos a un periodo impositivo en los que se podrá deducir aquello que no pudimos deducir en periodos impositivos pasados conjuntamente con los gastos financieros del período impositivo correspondiente, pero con el límite previsto del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio¹⁴⁷.

Con posterioridad a la Ley Foral 10/2012 de 15 de junio, entró en vigor la Ley Foral 21/ 2012, de 26 de diciembre, de modificaciones de diversos impuestos. En su artículo 1.2 y 1.3 establece una serie de modificaciones sobre la base del artículo tercero de la Ley Foral 10/2012. El cambio principal de la última Ley Foral citada fue “la extensión de esa regla limitativa a las sociedades que no formen parte de un grupo mercantil. Hasta ahora, solamente las sociedades que formaban parte de un grupo mercantil

o indirectamente, en al menos el 20 por 100, excedan del 10 por 100 de los gastos financieros netos.

b) A las entidades de crédito. No obstante, en el caso de entidades de crédito que tributen en el régimen de consolidación fiscal conjuntamente con otras entidades que no tengan esta consideración, el límite establecido en este artículo se calculará teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos de estas últimas entidades.

¹⁴⁶ La referencia a grupos y entidades vinculadas por la legislación vasca, al contrario de la Ley 27/2014, evita penalizar a sujetos pasivos por circunstancias económicas que escapan a su voluntad (por no tener capacidad para financiarse con capital propio, por ejemplo).

¹⁴⁷ En la introducción de la Ley Foral 10/2012, de 15 de junio establece que “más que una limitación en la deducibilidad de los gastos financieros, ha de calificarse como una norma de imputación temporal”. Esta imputación temporal se debe al límite de 15 años para arrastrar a futuro la diferencia del beneficio operativo pendiente de aplicar que se hubiera producido en un periodo impositivo. Este límite es inferior al previsto en la legislación de territorio común, que preveía un límite temporal de 18 años.

estaban sometidas a las reglas para limitar la deducibilidad de los gastos financieros”¹⁴⁸. Además debemos mencionar que se añade un nuevo apartado 5 del artículo 38 de la Ley Foral 24/1996, estableciendo que “Si el período impositivo de la entidad tuviera una duración inferior al año el importe previsto en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo será el resultado de multiplicar 1 millón de euros por la proporción existente entre la duración del período impositivo respecto del año”. También se redactan nuevamente los casos en que no resulta de aplicación la limitación en la deducibilidad de los gastos financieros¹⁴⁹, constituyendo este punto el apartado sexto del artículo 38 de la Ley Foral 24/1996.

Como hemos podido observar, la legislación en la CAN ha seguido la estela normativa de las diversas normativas estatales en las últimas décadas. Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2014, por la cual se introducen modificaciones en las reglas de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en territorio común, la legislación navarra continuará dicha tendencia de seguimiento de la línea normativa aplicable en territorio común¹⁵⁰.

3.2.2. País Vasco:

Para estudiar el régimen sobre subcapitalización del País Vasco, deberemos hacer una distinción entre los diferentes territorios históricos que lo componen (Vizcaya, Guipúzcoa y Álava), ya que cada uno de ellos tiene competencias para legislar sobre la materia. No se puede entender la evolución de sus normativas en materia fiscal sin la

¹⁴⁸ Exposición de motivos de la Ley Foral 21/ 2012, de 26 de diciembre, de modificaciones de diversos impuestos.

¹⁴⁹ Artículo 38.6 de la Ley Foral 24/1996; La limitación prevista en este artículo no resultará de aplicación:

a) A las entidades de crédito y aseguradoras. No obstante, en el caso de entidades de crédito o aseguradoras que tributen en el régimen de consolidación fiscal conjuntamente con otras entidades que no tengan esta consideración, el límite establecido en este artículo se calculará teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos de estas últimas entidades. A estos efectos, recibirán el tratamiento de las entidades de crédito aquellas entidades cuyos derechos de voto correspondan, directa o indirectamente, íntegramente a aquellas y cuya única actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades.

b) En el período impositivo en que se produzca la extinción de la entidad, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial establecido en el Capítulo IX del Título X o bien se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el mismo.»

¹⁵⁰ Como era de esperar, ya se ha publicado una proposición de Ley Foral por la que se modifica la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto de Sociedades. Esta proposición de Ley Foral puede ser consultada en <http://parlamentoabierto.parlamentodenavarra.es/sites/default/files/Pro%2000023.pdf> (consultado el 16 de junio de 2015)

figura del pacto fiscal entre los tres territorios históricos vascos y el Estado español, conocido como Concierto Económico¹⁵¹.

Para facilitar el estudio sobre las reglas para evitar la subcapitalización en el País Vasco, nos centraremos en la normativa del territorio histórico de Bizkaia, ya que las normas de los tres territorios vascos son coincidentes en su redacción.

Tras varias reformas parciales de la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio del Impuesto de Sociedades del territorio de Bizkaia, la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre le da una nueva redacción. Fue necesario llevar a cabo “un proceso de renovación integral de la misma, en la medida en que tanto el Derecho tributario internacional como el del Territorio Histórico de Bizkaia, y como el del conjunto de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante CAV), del Estado español o de la Unión Europea, han evolucionado de una manera muy importante en este periodo de tiempo”¹⁵²

La nueva regulación del Impuesto que se contiene en esta Norma Foral, respeta la doctrina establecida por el TJUE en relación con la subcapitalización y por tanto tiene en cuenta: las entidades no residentes (no discriminándolas frente a las residentes), al tratamiento de las situaciones de subcapitalización y al tratamiento de la eliminación de la doble imposición.

En otro orden de cosas, se podrían plantear dudas sobre la competencia de las instituciones vascas para establecer un régimen tributario propio en el Impuesto sobre Sociedades diferente al vigente en territorio de régimen común. El artículo 107 del TFUE, referente a las ayudas otorgadas por los Estados, no considera como ayuda de Estado las medidas tributarias generales del Territorio Histórico de Bizkaia. Sin embargo no debemos olvidar que Bizkaia, así como los demás Territorios Históricos gozan de la autonomía que reconocida en diversas Sentencias del TJUE¹⁵³ y en la disposición adicional primera de nuestra Carta Magna, como ya hemos apuntado anteriormente.

Es importante mencionar que el régimen de subcapitalización sobrevive únicamente en la CAV, ya que tras la reforma llevada a cabo en territorio común por el

¹⁵¹ El Concierto Económico del País Vasco se regula por la Ley 12/2002, de 23 de mayo. Estos derechos históricos de los territorios históricos se amparan y respetan en virtud de la disposición adicional primera de la Constitución. Este mandato constitucional se ve cumplido a través del Estatuto de Autonomía para el País Vasco aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, establece el principio esencial en esta materia, conforme al cual las instituciones competentes de los territorios históricos del País Vasco pueden mantener, establecer y regular su propio sistema tributario.

¹⁵² Cfr. Preámbulo de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre sobre el impuesto de sociedades en el territorio histórico de Bizkaia.

¹⁵³ Dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 de septiembre de 2006, dictada en el asunto C-88/03 - República Portuguesa contra Comisión de las Comunidades Europeas, como ha acreditado tanto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 11 de septiembre de 2008 (asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06) como los tribunales internos, es decir, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante sentencias de 22 de diciembre de 2008 y 19 de abril de 2009, y el Tribunal Supremo a través de la desestimación de los recursos de casación interpuestos contra las mismas por medio de sentencias de 30 de marzo y de 3 y 4 de abril de 2012.

RDL 12/2012, de 30 de marzo y en Territorio Foral navarro por la Norma Foral 21/2012, de 26 de diciembre, se sustituye el régimen de subcapitalización por el de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros. Tras esta reforma en territorio común y en la CAN, se podría llegar a pensar que el régimen de subcapitalización aun presente en la normativa de los Territorios Históricos Vascos, puede resultar más favorable que el de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros recogidos en el artículo 16 y 38 de la Ley 27/2014 y de la Norma Foral Navarra 21/2012, respectivamente. No se estima a priori que el régimen de subcapitalización suponga una ventaja fiscal. No obstante, para determinar si existe tal ventaja deberíamos fijarnos en la presión fiscal global teniendo en cuenta la estructura general impositiva y no la de un único tributo¹⁵⁴. La presión fiscal efectiva global es el límite que se establece en el Concierto Económico con la Ley 12/2002, de 23 de mayo.

Aún manteniéndose las normas anti-subcapitalización en las diferentes normas forales existentes en la CAV¹⁵⁵, estas se han modificado para adaptarse a la jurisdicción nacional y europea.

Comenzaremos analizando el primer apartado del artículo 47, en el que se establecen las circunstancias que se deben dar para la aplicación de las reglas para evitar la subcapitalización:

- Endeudamiento neto remunerado¹⁵⁶, directo o indirecto:

Con el término endeudamiento neto se hace referencia a los gastos financieros netos (intereses) originados por la financiación de la entidad con capital ajeno. Recordamos que el endeudamiento puede ser directo o indirecto¹⁵⁷ mediante

¹⁵⁴ Recogido en la STS de 3 de junio de 2011 (recurso de casación núm.2481/2004). En esta sentencia se muestra un ejemplo de cómo una deducción en el impuesto sobre sociedades no necesariamente tiene que suponer una ventaja fiscal, ya que esta a priori ventaja, puede ser contrarrestada con una elevación de los tipos o una agravación de las sanciones.

¹⁵⁵ Cfr. 47 de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Álava; de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Bizkaia; así como de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, sobre el Impuesto de Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa. Sobre la armonización fiscal vasca visto en RUBÍ CASSINELLO, J. G. (2008), "La armonización fiscal en el país vasco". *Gaceta Tributaria del País Vasco* núm.1/2008.

¹⁵⁶ "se trata de una cuestión probatoria: si la administración estimara que a efectos fiscales tales intereses han de entenderse retribuidos o en el caso de operaciones vinculadas, si la Administración hubiera considerado que un tipo de gravamen nulo se corresponde con la normativa de operaciones vinculadas, los mismos computarían a la hora de la aplicación de la norma de subcapitalización"¹⁵⁶. LUCAS DURÁN, M. J., "Subcapitalización e imposición societaria en el País vasco". *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014, pág. 41.

¹⁵⁷ Es interesante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011 ya que ha establecido cuando debe entenderse que existe endeudamiento indirecto, ya que hasta este momento constituía un concepto jurídico indeterminado. "En ella se establece que cuando se aportan garantías formales y ejecutables (fianza o aval, hipoteca, depósito vinculado, etc.) por una entidad vinculada sin las cuales no se hubiera concedido el préstamo se estaría ante un endeudamiento indirecto. Ello no obstante,

los *back to back loans*¹⁵⁸. La problemática surge con el segundo tipo de endeudamiento, ya que pretende evitar la cláusula anti-subcapitalización endeudándose con una entidad introducida artificiosamente, evitando hacerlo con una vinculada a la que sí se le aplicaría la cláusula que pretende evitar¹⁵⁹.

En el caso de existir más de una entidad prestamista, el endeudamiento deberá considerarse de una forma global en relación con el conjunto de todas ellas¹⁶⁰.

- De una entidad¹⁶¹ con otra u otras personas o entidades con las que esté vinculada:

Se mantiene la referencia a grupos y entidades vinculadas, lo cual desde el punto de vista del autor de este trabajo evita penalizar a sujetos pasivos por circunstancias económicas que escapen a su voluntad (por no tener capacidad para financiarse con capital propio, por ejemplo). En la norma nada se dice sobre la residencia fiscal de la entidad, para evitar las incompatibilidades con el DUE.

- Se establece una ratio, que se calcula aplicando el coeficiente 3 al importe de su patrimonio neto a efectos fiscales. Los intereses devengados que correspondan al exceso no serán deducibles para la determinación de su base imponible y tendrán la consideración de dividendos a todos los efectos tributarios.

La norma para evitar la subcapitalización establece un **supuesto excluido** de la aplicación de esta norma. Las entidades de crédito no se verán afectadas por la ratio antes mencionada. El término entidades de crédito engloba a los bancos, cajas de

la inexistencia de una garantía formal explícita ejecutable por la entidad prestamista y la alusión a criterios vagos como la confianza en la potencia del grupo empresarial no implicaría endeudamiento indirecto siempre que tal operación responda al principio de independencia y pudiera haberse verificado en condiciones similares por cualquier otra entidad financiera". Vid. LUCAS DURÁN, M. J., "Subcapitalización e imposición societaria en el País vasco". *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014, pág.40.

¹⁵⁸ El término *Back to back loans* o préstamos espalda contra espalda, hace referencia a la situación en la que el prestamista de la sociedad a quien se podría aplicar la regla anti-subcapitalización no fuera directamente una persona vinculada sino otra persona interpuesta que no cumpliera con los requisitos de vinculación, o bien una entidad financiera que se encuentra expresamente excluida de la aplicación del régimen. Este término hace referencia a los supuestos en que una entidad A presta dinero de otra entidad B para que ésta se lo preste a su vez a una tercera entidad C, siendo así que A y C están vinculadas pero al interponer en la cadena de tráfico jurídico a una entidad no vinculada (B) no se cumpliría formalmente la condición subjetiva de aplicabilidad de la norma. Vid LUCAS DURÁN, M. J., "Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco", *Fórum Fiscal*, núm. 201, 2014, pág. 39

¹⁵⁹ Cfr. CASTRO ARANGO, J. M., "Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1.h) del TRLIS", *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 376, 2014.

¹⁶⁰ PALAO TABOADA, C., "La subcapitalización", en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, 4ª ed., CEF, 2010, pág.

¹⁶¹ ¿Pero qué es lo que la norma entiende por entidad? Hace referencia a cualquier sujeto, sea persona física, jurídica o ente sin personalidad. Cfr. art. 34.3 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia.



ahorros y cooperativas de crédito¹⁶². Tras el análisis de las legislaciones en el resto del territorio español, se echa en falta la exclusión, en la aplicación de este régimen, de las entidades aseguradoras.

A parte del supuesto especial de las entidades de crédito, la Norma Foral establece un *safe harbour* aplicable a toda entidad. Cuando el endeudamiento remunerado con entidades vinculadas no exceda de 10.000.000 euros, no se aplicará el artículo 47 de la Norma Foral 11/2013. Lo que se persigue es centrarse en aquellos supuestos que supongan un menoscabo importante para las arcas públicas¹⁶³.

Se reconoce la posibilidad de que aún superando la ratio de endeudamiento de 1:3 prevista en la norma, tal estructura financiera sea conforme a condiciones del mercado¹⁶⁴, mediante la aplicación de lo que se denomina en la legislación del territorio común, **motivos económicos válidos**. Pero no se prevé la aplicación de este apartado cuarto para “las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en territorios considerados como paraísos fiscales¹⁶⁵”.

El artículo 47 en su apartado cuarto reconoce también la posibilidad de que los contribuyentes puedan **proponer** a la Administración tributaria la aplicación de un coeficiente distinto del 1:3, siempre que se fundamente en el endeudamiento que el contribuyente hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.

Con respecto a las **consecuencias** derivadas de la aplicación del régimen de subcapitalización, debemos destacar la recalificación de intereses en dividendos lo que conlleva la no deducibilidad de estos gastos incrementándose la base imponible de la sociedad financiada obligada por el IS. Que se dé esta recalificación, dependerá de la relación entre el endeudamiento de una entidad y su capital fiscal como ya hemos indicado en apartados anteriores.

¹⁶² Cfr. art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

¹⁶³ En mi opinión, la introducción de un límite máximo elevado, si lo comparamos con el límite de 1 millón de euros de la legislación en territorio común, permite utilizar de manera más efectiva las herramientas de las que dispone la Administración para evitar la subcapitalización. Esta mayor eficiencia se debe a la disminución del número de sujetos pasivos afectados por estas medidas fiscales, permitiendo un mayor control sobre las grandes sociedades que en realidad son las que tienen la capacidad real para producir un menoscabo importante en las arcas públicas.

¹⁶⁴ Artículo 47 apartado 4º de la Norma Foral 11/2013 “ Los contribuyentes podrán someter a la Administración tributaria una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1, que se fundamentará en el endeudamiento que el contribuyente hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas”.

¹⁶⁵ Existe una lista de los territorios considerados paraísos fiscales para el legislador español, que se encuentra en el artículo primero del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. En su artículo segundo, nos indica que un territorio puede dejar de ser considerado como paraíso fiscal si firman con España un acuerdo de intercambio de información o un convenio para evitar la doble imposición.

Es necesario precisar una serie de conceptos que forman parte del artículo 47 de la Norma Foral 11/2013, para su correcta aplicación y para asegurar el principio de seguridad jurídica:

El término **endeudamiento** se refiere a la cuantía neta de préstamos que ostente una determinada entidad con otras entidades vinculadas y siempre que no nos encontremos en el caso de exclusión en el que la entidad financiadora sea una entidad financiera. Dice el apartado segundo del precepto estudiado, que se tendrá en cuenta el *estado medio a lo largo del período impositivo*¹⁶⁶.

Con respecto al concepto de **capital fiscal** entendemos que está compuesto por los recursos propios de entre los previstos en el Plan General Contable, excluyendo el resultado del ejercicio. Más dudas surgen a la hora de determinar el valor a tener en cuenta del capital fiscal o “patrimonio neto a efectos fiscales” (como se establece en el precepto). El problema surge al leer el apartado segundo del artículo 47 de la Norma Foral 11/2013, ya que en su primer epígrafe establece que debemos tomar su valor en su estado medio a lo largo del período impositivo.

“Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el *patrimonio neto a efectos fiscales se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo*” (énfasis añadido)

Esta afirmación parece incongruente con lo que la norma establece en el segundo párrafo del mismo precepto, según el cual, para determinar el capital fiscal de una entidad, atenderemos a su valor en el último día del período impositivo.

“se entenderá por *patrimonio neto a efectos fiscales el importe del patrimonio neto resultante del balance correspondiente al último día del período impositivo* que se corresponda con los fondos propios del contribuyente según determina el modelo de balance establecido en la Tercera Parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por medio de Real Decreto 1514/2007, de 15 de noviembre, excluyendo del mismo el resultado del ejercicio” (énfasis añadido).

Como acabamos de mencionar, estas afirmaciones parecen, a priori, incompatibles entre sí debido a que si se tiene en cuenta la cuantía de media ponderada o bien instantánea, los valores del capital fiscal podrían no coincidir. Surge así un problema de difícil solución por vía del Derecho. Pero ante la eventualidad de aplicar una norma contradictoria, parece oportuno entender que cabría la interpretación que

¹⁶⁶CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La subcapitalización: tratamiento jurídicotributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, en CORDÓN EZQUERRO, T (Dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, 3ª ed. Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, 2008, pág.999: La RTEAC de 9 de febrero de 2001 (JT 2001\670) en su FJ 9º parece asumirlo al indicar que “habrán de tenerse en cuenta las variaciones que experimenten las magnitudes que integran el capital fiscal durante el ejercicio, debiendo ponderarse estas magnitudes o componentes en función del tiempo que, durante el ejercicio, han contribuido a la formación del capital fiscal de la sociedad”.

más favorezca al contribuyente¹⁶⁷. Según GOROSPE OVIEDO y HERRERA MOLINA puede existir una solución a este problema interpretativo, basándonos en el Derecho privado, concretamente en el artículo 1288 del Código Civil, el cual establece “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad”¹⁶⁸.

4. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y COMPATIBILIDAD DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA CON LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN:

4.1. Análisis constitucional:

El principio fundamental para llevar a cabo este análisis es el principio de capacidad económica, pero este no asegura por sí sólo la consecución del concepto de justicia tributaria, sino que se exige que el citado principio se combine además con los de generalidad, igualdad y progresividad.

Puede ocurrir que de dos sujetos pasivos con diferente capacidad económica, solo el de inferior capacidad económica sufriera la limitación del artículo 20 TRLIS. Esto sería contrario al artículo 31 de nuestra Carta Magna, en el que se exige que la contribución al sostenimiento de los gastos públicos sea de acuerdo a la capacidad económica de cada contribuyente.

¹⁶⁷ LUCAS DURÁN, M. J., “Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco”. *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014, pág. 45.

¹⁶⁸ GOROSPE OVIEDO, J.I y HERRERA MOLINA, P. M., “La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa”, *Crónica Tributaria* núm. 100, 2001.

Veremos a través de un ejemplo cómo se puede llegar a producir esta situación (analicémoslo sin considerar el límite absoluto)¹⁶⁹:

Sujeto A:

- Resultado explotación = 100.
- Resultado financiero neto = -30.
- Limitación artículo 20 = 0.

Sujeto B:

- Resultado explotación = 0.
- Resultado financiero neto = -30.
- Limitación artículo 20 = 30.

Si comparamos la situación de ambos sujetos pasivos, se manifiesta que el sujeto pasivo con menor resultado de la explotación, soportando el mismo resultado financiero negativo, no puede deducir su carga financiera en tanto que el sujeto pasivo con mayor resultado de explotación (y probablemente mayor capacidad económica) sí va a poder deducirse dicha carga financiera.

Comparemos la situación de ambos sujetos pasivos desde el punto de vista de su balance:

Sujeto A:

- Activo : 100
- Fondos propios: 10.
- Pasivo exigible: 90

Sujeto B:

- Activo : 200
- Fondos propios: 100.
- Pasivo exigible: 100

El sujeto B no tendrá que pagar impuestos en ningún caso (ya tenga un resultado de 0 o de -30 debido a que el Impuesto sobre Sociedades es un gravamen sobre el beneficio). Sin embargo, podrá compensar la base imponible en ejercicios futuros.

¹⁶⁹ RODRIGO CHAQUES, G., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”, Estudios financieros. *Revista de contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2013, pág. 72.

En palabras de RODRIGO CHAQUES G¹⁷⁰, ambos sujetos pasivos presentan una estructura de balance muy diferente. En el primer caso, el pasivo exigible supera en un ratio de 9:1 los fondos propios; en el segundo caso, dicho ratio es solo de 1:1.

Si atendemos a la estructura del balance, la norma debería actuar sobre todo sobre A, pero en este caso, actuará sobre B. Ello se debe a que para determinar la aplicación del régimen de limitación, la norma sólo tiene en consideración la cuenta de pérdidas y ganancias, en lugar de tener en cuenta el ratio de endeudamiento del sujeto pasivo (relación entre fondos propios y pasivo exigible), el cual nos permitiría llevar a cabo una comparación más real entre sujetos pasivos.

Considerando de nuevo nuestro ejemplo, tenemos que el sujeto pasivo B, a pesar de obtener un resultado negativo, sin embargo tiene una estructura de pasivo más equilibrada que el sujeto A, en este caso sólo debería haber limitación en la deducibilidad de intereses para el sujeto A.

El contraargumento a utilizar por el legislador podría ser que, precisamente para evitar dicha asimetría, se ha establecido también el límite absoluto de un millón de euros, de manera que, en nuestro caso, el sujeto pasivo B también podría deducirse la carga financiera. Supongamos el caso de una empresa con enormes inversiones iniciales y que se encuentre en fase de puesta en marcha del negocio en un sector en el que se necesita un largo plazo para alcanzar rentabilidades (por ejemplo una empresa que lleva a cabo grandes proyectos de infraestructura). En opinión del autor de estas líneas, estas empresas seguramente se verán forzadas a utilizar la figura del *carry forward*. En este supuesto, entonces habría gastos financieros netos que no se podrían deducir debido a este límite temporal, por lo que el posible argumento del legislador no resultaría válido para todos los casos¹⁷¹.

La eliminación de la referencia a grupos y entidades vinculadas por el RDL 20/2012 supone penalizar a sujetos pasivos por circunstancias económicas que escapan a su voluntad (por no tener capacidad para financiarse con capital propio, por ejemplo). Además, la limitación establecida a grupos de sociedades hubiera dejado abierta la posibilidad de incluir, en su propio campo de aplicación, la antigua norma de subcapitalización, ya que aplicaría tanto a grupos españoles como extranjeros sin que, a priori, existiera discriminación que vulnerara el Tratado de la Unión Europea.

¹⁷⁰ Ejemplo y comentarios obtenidos de RODRIGO CHAQUES, G., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2013, pág. 72.

¹⁷¹ La normativa puede no permitir la deducibilidad de gastos reales que disminuyen la capacidad económica del contribuyente, puede estarse obligando a tributar por una capacidad económica ficticia, y ello sería contrario al art. 31 de la Constitución española.

4.2. Compatibilidad de la legislación española con los convenios para evitar doble imposición:

El presente epígrafe puede predicarse solamente de la subcapitalización (y sobre todo de la redacción en territorio común antes de la reforma de 2012), pero no de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros.

En relación con los **convenios para evitar la doble imposición** (en adelante CDI) habrá que estar a lo dispuesto por el mismo, ya sea para reconocer su compatibilidad, o su incompatibilidad. En el caso de que el tratado fiscal no establezca explícitamente nada al respecto, se ha señalado por la doctrina que para analizar la compatibilidad de las normas de subcapitalización y de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros con los CDI, debe garantizarse el cumplimiento de los artículos 9, 10, 11 y 24 MCOCDE¹⁷².

Cabe recordar que los comentarios de la MCOCDE no tienen carácter normativo, pero sí son relevantes a la hora de ilustrar la aplicación de los convenios fiscales¹⁷³.

Con respecto al artículo 9 se requería la posibilidad de poder probar que una determinada ratio de endeudamiento se encontraba conforme con el principio de independencia y planteaba también (que no se recogía en nuestra normativa más primitiva sobre subcapitalización) la posibilidad de que hubiera tenido lugar entre partes no vinculadas. Este precepto fue uno de los grandes obstáculos para la compatibilidad de la normativa con los tratados fiscales¹⁷⁴. En opinión del autor de estas líneas, el cumplimiento de este precepto se lleva a cabo a través de los “motivos económicos válidos” recogidos por la normativa española desde el RDL 12/2012, permaneciendo en el texto de la actual cláusula de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros.

En otro orden de cosas, en relación con los artículos 10 y 11 del MCOCDE se cuestionaba si la delimitación de los conceptos de dividendos e intereses podría ser contraria a las recalificaciones realizadas según las normativas nacionales. En realidad esta última cuestión no resultaba un gran problema, esencialmente porque el art. 10.3 MCOCDE se remite a la normativa nacional para determinar cuándo una renta ha de calificarse como dividendos¹⁷⁵.

Mayores problemas se presentaron en relación con el artículo 24 MCOCDE, referente a la cláusula de no discriminación contenida en los tratados fiscales. La norma

¹⁷²Cfr. LUCAS DURÁN, M. J., “Subcapitalización e imposición societaria en el País vasco”, *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014, pág. 54.

¹⁷³Cfr. VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, 3rd ed. Kluwer Law International, 1997. En sus comentarios al artículo 10 MCOCDE.

¹⁷⁴ Cfr. LUCAS DURÁN, M. J., “Subcapitalización e imposición societaria en el País vasco”, *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014, pág. 57.

¹⁷⁵LUCAS DURÁN, M. J., *La tributación de los dividendos internacionales*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 55.

de subcapitalización española fue declarada contraria a la regla de no discriminación prevista en los convenios para evitar la doble imposición, tras varias sentencias en la misma dirección¹⁷⁶.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley del impuesto de Sociedades 27/2014, debemos señalar que con respecto a la no deducción de los préstamos participativos recogida en el apartado a) del artículo 15 de esta Ley, se crea un supuesto de doble imposición para el que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, carecen de respuesta¹⁷⁷.

Dicho lo anterior, concluimos que se han resuelto todos los problemas de compatibilidad que existían en el pasado, pero se plantea la duda de la deducción de los préstamos participativos introducida en el párrafo anterior.

¹⁷⁶ SSTs de 1 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 1596/2004), de 17 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 5871/2006) y de 2 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 3181), entre otras. Ello se debe a que, aunque el Tribunal Supremo no lo fundamenta quizá en exceso, por mucho que el art. 24 de los convenios para evitar la doble imposición se refiere a la “nacionalidad” y no a la “residencia”, desde hace tiempo que el TJUE ha entendido que la discriminación por residencia sería una discriminación indirecta en relación con otro criterio de segregación que sí se contiene en las normas, cual es la nacionalidad, toda vez que normalmente coinciden ambos atributos en una misma persona. Por otro lado, parece claro que pudiera producirse un trato menos favorable para los no residentes si a sus filiales no se les permite la deducción de intereses. LUCAS DURÁN, M. J., “Subcapitalización e imposición societaria en el País vasco”, *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014, pág. 37

¹⁷⁷ Vid. SANZ GADEA E., “El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (I)”, *Estudios financieros, Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios y casos prácticos*, núm. 384, 2015, pág. 25.

5. CONCLUSIONES:

A lo largo de este trabajo se han analizado las diferentes normas para evitar la subcapitalización y las posteriores reglas de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros netos, tanto en territorio común como las legislaciones de los Territorios Forales de Navarra y el País Vasco.

El objetivo de estas normas es evitar la erosión de las bases imponibles de las entidades, lo cual ha provocado en los últimos años una reducción en la recaudación del Impuesto de Sociedades, por parte de la Administración española.

El problema que presentamos no es exclusivo del Estado español, por ello se han llevado a cabo una serie de recomendaciones por parte de la OCDE a través de la acción 4 del proyecto BEPS, para hacer frente a la mencionada erosión de las bases y al desplazamiento de los beneficios de una jurisdicción a otra. Estas recomendaciones, valga la redundancia, son simples recomendaciones sin fuerza vinculante para los Estados.

Las regulaciones para evitar la subcapitalización y las regulaciones que limitan la deducibilidad de los gastos financieros, son un importante instrumento utilizado por los Estados para atraer a grandes multinacionales (aunque también es cierto, que esta herramienta se ve limitada para los Estados miembro de la UE, ya que como hemos visto, deben cumplir con el Derecho de la Unión), ofreciendo un trato fiscal más favorable del que puedan obtener de otros Estados.

Desde un punto de vista crítico, resulta difícil imaginar que un grupo de Estados esté dispuesto a “ceder” y acogerse a lo que el Plan de Acción 4 del Proyecto BEPS establezca. Esto les supondría perder parte de su competencia, que recordamos que en el ámbito de la Unión Europea es una competencia exclusiva de los Estados miembro.

Continuando la crítica al plan de acción 4, el Borrador recopila y analiza, de forma quizás demasiado teórica, la configuración y peculiaridades de las normas, utilizadas en los distintos Estados, que buscan evitar la erosión de las bases imponibles. Para terminar mi opinión sobre el Borrador, he de añadir que va a resultar muy complicado que tal acción puede aplicarse de forma global a un número importante de países, ya que no todos los Estados tienen las mismas características económicas.

Por otro lado, debemos destacar el papel fundamental de la Unión Europea y su Tribunal de Justicia en la evolución de las normativas de los Estados miembro sobre subcapitalización y limitación en la deducibilidad de los gastos financieros. Recordemos que la Comisión propuso la armonización del Impuesto de Sociedades en los distintos Estados miembro, sin, por el momento, éxito alguno. Con esta medida se pretendía acabar con la competición fiscal existente entre diversos Estados de la Unión, como ya hemos comentado.

No podemos olvidar la importancia de las sentencias del TJUE que han ido guiando la evolución de las normativas de los Estados miembros, con el objetivo de conseguir su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Resulta curioso ver como algunos Estados han optado por modificar y mantener el régimen para evitar la subcapitalización, con el fin de cumplir con el Derecho de la Unión (como es el caso del Reino Unido y el País Vasco). Sin embargo, otros optaron por abandonar este régimen y aplicar las normas de limitación en la deducibilidad de gastos financieros, como es el caso de España, Alemania e Italia entre otros. De los países de este último grupo mencionado, algunos, han echado marcha atrás mediante la aplicación de normas como la deducción de intereses nocionales o la reserva de capitalización. Con estas medidas se busca equilibrar la situación entre compañías que sí utilizan capital ajeno para financiarse y por tanto adquieren un beneficio fiscal, y aquellas que principalmente se financian mediante recursos propios. Desde el punto de vista del autor, se busca un sistema más justo, pero sobretudo incentivar la financiación mediante capital social para evitar la erosión de bases imponibles.

A raíz del análisis de las diversas normas que han estado vigentes en el territorio común, y su comparación con las legislaciones de otros Estados de nuestro entorno como la alemana o la italiana, hemos llegado a la conclusión de que el legislador español ha ido fijándose en las novedades introducidas en estas jurisdicciones para después aplicarlas en el territorio nacional no sin antes moldearla para su acoplamiento a las particularidades de nuestro país.

Esto mismo ha ocurrido con la legislación del Territorio Foral de Navarra, que ha ido siguiendo lo establecido por las normas del territorio común, tanto cuando estaban en vigor las normas para evitar la subcapitalización como posteriormente con la entrada en vigor de las reglas de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros.

Cuestión distinta es la del Territorio Foral del País Vasco, cuyos territorios se han desmarcado de la línea normativa establecida en el territorio común y en la CAN. Como hemos podido observar en el punto sobre el análisis de la legislación en Euskadi, es el único territorio en el que permanece en vigor el régimen de subcapitalización. Han logrado mantener el régimen, gracias a la modificación de aquellos aspectos de la normativa anterior que resultaban conflictivos a la luz del Derecho de la Unión Europea. Al modo de ver del autor, es un acierto el establecimiento de un “puerto seguro” tan elevado (10 millones de euros), como ya hemos comentado, que permitirá centrar los esfuerzos de la Administración vasca en aquellas entidades que puedan presentar un verdadero riesgo para la recaudación del Impuesto de Sociedades.

Las normativas actuales de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros vigentes en territorio común y en el Territorio Foral de Navarra son efectivas y compatibles con los principios fundamentales y objetivos del Derecho de la Unión

Europea. Pero en opinión del autor, el régimen de subcapitalización vigente actualmente en Euskadi es más sencillo de aplicar, más justo y mejor enfocado, sin embargo, se echa en falta el supuesto de exclusión referente a las entidades aseguradoras.

Para finalizar, hemos de mencionar los puntos positivos y negativos de los regímenes de subcapitalización y de limitación en la deducibilidad de los gastos financieros. Como punto positivo, el régimen de subcapitalización tiene que (una vez se ha corregido la discriminación que se producía entre residentes y no residentes) es una auténtica cláusula antielusión específica que permite ajustarse bastante bien a las conductas elusorias. Además se puede probar, por ejemplo, que una ratio mayor de la fijada 1:3 puede darse en el mercado y, por ello, no le resultaría aplicable la cláusula antielusiva. Sin embargo, y como punto negativo, es fácil de eludir (como por ejemplo mediante los *back to back loans*, que son difíciles de indentificar). La limitación en la deducibilidad de los gastos financieros tiene como principal bondad su simplicidad que hace la elusión más complicada. Sin embargo, puede resultar injusta en cuanto a contraria al principio de capacidad económica por no contemplar una válvula de escape que permitiera probar que la conducta no es elusiva y, consiguientemente, que la cláusula no resulta de aplicación.

6. BIBLIOGRAFÍA:

- ARIEL REZZOAGLI, B., “Ilícitos tributarios: diferenciación entre evasión, defraudación y elusión” 2009. (en línea) http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/10_feb_09/ILICITOSpdf.pdf (consulta 26 de marzo de 2015)
- BLANCO GARCÍA, A., “La deducción del interés nocial en el Impuesto sobre Sociedades: un estudio comparado”, *Crónica Tributaria Boletín de Actualidad* 1/2014.
- BLASCO MERINO J., “Modificaciones introducidas por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, en el Impuesto sobre Sociedades (primera parte)”, *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 383/2015.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMENEZ, A., “Los Tratados Internacionales. Los Convenios de Doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación”, en CARMONA FERNÁNDEZ N. (coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscales de la Unión Europea*, 2008.
- CASTRO ARANGO, J.M., “La cláusula antisubcapitalización española: problemas actuales”, *Documentos de trabajo del IELAT* núm. 34, 2012.
- CASTRO ARANGO, J. M., “Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1.h) del TRLIS”. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 376, 2014.
- COMBARROS VILLANUEVA, V.E., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Madrid, Tecnos, 1988.
- CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La subcapitalización: tratamiento jurídicotributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, en CORDÓN EZQUERRO, T (Dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, 3ª ed, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, 2008.
- DE LA TORRE DÍAZ, F., “La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el RDL 12/2012”, *Actum Fiscal* núm. 63, 2012.
- ESTEVE PARDO, M.L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1996.
- FOLCO, C.M., “El fenómeno de la evasión fiscal”. En: FOLCO C. M., ABRALDES S. F. y LOPEZ BISCAYART J., *Ilícitos Fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria. Ley 25.874*, Buenos Aires, ed. Rubinzal – Culzoni, 2004.

- GARCÍA-HERRERA BLANCO C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Ministerio de Hacienda, 2001.
- GARCÍA PRATS, F. A., “Los precios de transferencia”, *Crónica tributaria* núm. 117, 2000.
- GARCÍA NOVOA, C., “La reforma fiscal en materia de tributación del ahorro y del endeudamiento de las sociedades”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales* núm. 21, 2014.
- GIL OCHOA M.A., ZUDAIRE ECHÁVARRI R. y MURUZABAL LERGA J., El impuesto sobre sociedades en Navarra, en *X encuentros técnicos OCEX*, en Sevilla los días 23 y 24 de mayo de 2013.
- GOROSPE OVIEDO, J.I y HERRERA MOLINA, P. M., “La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa”, *Crónica Tributaria* núm. 100, 2001.
- Limitación a la deducibilidad de los gastos financieros: leveraged buyout (LBO)*. en Boletín de alertas fiscales de Gómez-Acebo & Pombo núm. de diciembre, Madrid, 2014.
- LUCAS DURÁN, M. J., “Coordinación en el seno de la Unión Europea para luchar contra el fraude y elusión fiscales: viejas y nuevas medidas”, en ADAME MARTÍNEZ F. y RAMOS PRIETO J. (coord.) *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, 2014.
- LUCAS DURÁN, M. J., “Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco”. *Fórum Fiscal*, núm.201, 2014.
- LUCAS DURÁN, M. J., *La tributación de los dividendos internacionales*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- LUCHENA MOZO, G. M., “La subcapitalización en la Resolución del Consejo de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea”, *Crónica tributaria-Boletín de actualidad*, núm. 7/2010, pág. 14.
- MARQUÉS SEVILLANO, J.M. y SANCHIS ARELLANO, A., “Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: naturaleza y cambios tras la crisis financiera”, *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 17, 2009.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ A. J., y CALDERÓN CARRERO J. M., “El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS) ¿Final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena fiscal Aranzadi* núm.1-2, 2014.

- MARTÍN ZAMORA, M. P., “Las nuevas reservas de capitalización y nivelación en el Impuesto sobre Sociedades”, *Quincena fiscal* núm. 4, 2015.
- NIEHUS, U., WILKE, H y MÜLLER, A., “El régimen alemán de limitación de la deducibilidad de gastos financieros (Zinsschranke)”, *Crónica tributaria* núm. 146, 2013.
- PAZ-ARES RODRIGUEZ C., “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. Extraordinario, 1994, págs. 253-269.
- PALAO TABOADA, C., “La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal”, Lex Nova, Valladolid, págs. 267-269, 2009.
- PALAO TABOADA, C., “La subcapitalización”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, 4ª ed., CEF, 2010.
- RODRIGO CHAQUES, G., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional”, *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos* núm. 362, 2013.
- RUBÍ CASSINELLO, J. G., “La armonización fiscal en el país vasco”, *Gaceta Tributaria del País Vasco* núm.1/2008.
- RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el test de los “motivos económicos válidos” en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)”, *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* núm. 329-330, 2010.
- SANZ GADEA, E., “La subcapitalización”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 26, 2000, pág. 28
- SANZ GADEA E., “El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (I)”, *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios y casos prácticos*, núm. 384, 2015, pág. 25
- SUÁREZ DE CENTENI MARTÍNEZ, L y VIANA BARRAL, V., “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: análisis normativo y comentario crítico”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 33, 2012, pág. 21
- VEGA BORREGO, F.A., “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario”, *Crónica tributaria* núm. 104, págs.89-125, 2002.
- VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1997.

7. LISTA DE PÁGINAS WEB VISITADAS:

http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/10_feb_09/ILICITOSpdf.pdf
[http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin Capitalization Background.pdf](http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20Thin%20Capitalization%20Background.pdf)
<http://dx.doi.org/10.1787/978926175181-97-en>
http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_104_Vega.pdf
<http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/09/Noviembre/ief0417.pdf>
http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/10_feb_09/ILICITOSpdf.pdf
<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2313331e.pdf?expires=1427375161&id=id&accname=guest&checksum=005919F28DB1450DAA23B53F78B83AF9>
http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010/r-4-thin-capitalisation_9789264175181-97-en#page1
http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Normativa/Fiscalidad_Internacional/Convenios_de_doble_imposicion_firmados_por_Espana/Convenios_de_doble_imposicion_firmados_por_Espana.shtml
<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/boletines/item/1757-limitaci%C3%B3n-a-la-deducibilidad-de-los-gastos-financieros-leveraged-buyout-lbo>
www.dofiscal.net/pdf/doctrina/D_DPF_RV_2015_236-A8.pdf
http://www.aedaf.es/plataforma/2015_ria01_d_resumen_is_reforma_fiscal.pdf
<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/boletines/item/1757-limitaci%C3%B3n-a-la-deducibilidad-de-los-gastos-financieros-leveraged-buyout-lbo>
http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/GastosFinancieros.pdf
<http://parlamentoabierto.parlamentodenavarra.es/sites/default/files/Pro%2000023.pdf>

8. JURISPRUDENCIA:

STJUE *Lankhorst-Hohorst*, de 12 de diciembre de 2002 (C-324/00).

STJUE, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, (C-524/04).

STJUE *Itelcar* de 3 de octubre de 2013 (C-282/12).

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Helvering vs. Gregory* 293 U.S. 465 (1935).

STC 110/1984, de 26 de noviembre.

STS de 1 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 1596/2004).

STS de 17 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 5871/2006).

STS de 2 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 3181).

9. ANEXO:

Cuadro resumen de las últimas legislaciones en el territorio común, Navarra y País Vasco.

	LEGISLACIÓN ACTUAL				
	RD-legislativo 4/2004		Ley 27/2014 (Territorio común)	Norma Foral 24/1996 (Navarra)	Norma Foral 11/2013 (Euskadi)
	RDL 12/2012	RDL 20/2012			
Régimen	Limitación en la deducibilidad de los gastos financieros	Limitación en la deducibilidad de los gastos financieros	Limitación en la deducibilidad de los gastos financieros	Limitación en la deducibilidad de los gastos financieros	Subcapitalización
Sujeto Pasivo	Entidades que forman parte de un grupo	Todas las entidades (vinculadas o no, residentes o no)	Todas las entidades (vinculadas o no, residentes o no)	Todas las entidades (vinculadas o no, residentes o no)	Entidades vinculadas (residentes o no)
Beneficio Operativo	30% del Rtdo de la cuenta de pérdidas y ganancias: - (amortización de inmovilizado, subvenciones de inmovilizado no financiero y otros, deterioro, rtdos por enajenaciones de inmovilizado) + (dividendos a aportaciones en beneficio de entidades que: 1) Mantengan una participación de al menos 5% 2) El coste de adquisición sea de al menos 6 millones de euros. (Motivos económicos válidos)	30% del Rtdo de la cuenta de pérdidas y ganancias: - (amortización de inmovilizado, subvenciones de inmovilizado no financiero y otros, deterioro, rtdos por enajenaciones de inmovilizado) + (dividendos a aportaciones en beneficio de entidades que: 1) Mantengan una participación de al menos 5% 2) El coste de adquisición sea de al menos 6 millones de euros. (Motivos económicos válidos)	30% del Rtdo de la cuenta de pérdidas y ganancias: - (amortización de inmovilizado, subvenciones de inmovilizado no financiero y otros, deterioro, rtdos por enajenaciones de inmovilizado) + (dividendos a aportaciones en beneficio de entidades que: 1) Mantengan una participación de al menos 5% 2) El coste de adquisición sea de al menos 20 millones de euros. (Motivos económicos válidos)	30% del Rtdo de la cuenta de pérdidas y ganancias: - (amortización de inmovilizado, subvenciones de inmovilizado no financiero y otros, deterioro, rtdos por enajenaciones de inmovilizado) + (dividendos a aportaciones en beneficio de entidades que: 1) Mantengan una participación de al menos 5% 2) El coste de adquisición sea de al menos 6 millones de euros. (Motivos económicos válidos)	NO SE APLICA Utiliza el coeficiente 3 al importe de su patrimonio neto. (Motivos económicos válidos)

Gastos no deducibles	Art. 16.1: g)	Art. 16.1: g)	Art. 15: g) h) j)	Art. 24.1: g)	NO SE APLICA Compara el endeudamiento neto remunerado con su patrimonio neto a efectos fiscales
Límite general	1 mill. € (No recoge el prorrateo si < a 1 año)	1 mill. € (prorrateo si < a 1 año)	1 mill. € (prorrateo si < a 1 año)	1 mill. € (prorrateo si < a 1 año)	10 mill. € (prorrateo si < a 1 año)
Supuestos excluidos	Art. 20.5: - Ent. de crédito -Ent. que se extingan en ese periodo, salvo que: 1) sea a causa de una op. de reestructuración 2) Se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el.	Art. 20.5: - Ent. de crédito -Ent. aseguradoras -Ent. que se extingan en ese periodo, salvo que: 1) sea a causa de una op. de reestructuración 2) Se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el.	Art. 16.6: - Ent. de crédito -Ent. aseguradoras -Ent. que se extingan en ese periodo, salvo que: 1) sea a causa de una op. de reestructuración	Art. 38.6: - Ent. de crédito -Ent. aseguradoras -Ent. que se extingan en ese periodo, salvo que: 1) sea a causa de una op. de reestructuración 2) Se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el.	Art. 47.1: - Ent. de crédito
<i>Carry forward</i>	18 años	18 años	No hay límite temporal	15 años	NO SE APLICA
<i>Carry back</i>	5 años	5 años	5 años	5 años	NO SE APLICA
Particularidades			-Nuevo límite adicional. - Reserva de capitalización	Nuevo límite adicional	
				Reserva de capitalización	

Colección de Papeles de discusión del IELAT:

- No. 1 (Noviembre 2011): Iris María Vega Cantero. "Aproximación al estudio jurídico de la problemática de los menores extranjeros no acompañados. Especial referencia al tratamiento en Cataluña"
- No. 2 (Diciembre 2011): Juan Antonio Sánchez Hernández. "La autorización inicial de residencia temporal y trabajo"
- No. 3 (Diciembre 2011): María Eugenia Claps Arenas y Pedro Pérez Herrero (Coords.) "Fiscalidad, medio ambiente y cohesión social en el pensamiento liberal atlántico (siglo XIX). Análisis de casos"
- No. 4 (Octubre 2012): Teresa Aurora Gómez Porras. "Cánones eólicos en España: su regulación jurídica y conformidad al derecho español"
- No. 5 (Octubre de 2012): Francisco Javier García-Gil Arenas. "Temporalidad en la contratación laboral y su impacto en la tasa de desempleo"
- No. 6 (Noviembre de 2012): José Antonio García Díaz. "La libertad religiosa en la negociación colectiva: el descanso semanal, festividades religiosas, permisos y licencias"
- No. 7 (Junio de 2013): Cristian Huete Calcerrada. "La segregación. Régimen mercantil de la modificación estructural y desarrollos recientes"
- No. 8 (Octubre 2013): Iván González Sarro. "Impactos de la «década perdida» en América Latina ¿Una lección para los países periféricos de la Unión Europea? Reexaminando el modelo «neoliberal»"
- No. 9 (Noviembre 2013): Renaldo A. Gonsalves. "Cuba y Panamá: La reciente evolución económica"
- No. 10 (Diciembre 2013): Alicia Gil Lázaro y Claudia Elina Herrera (coords.) "El pensamiento liberal atlántico 1770-1880. Fiscalidad en perspectiva comparada"
- No. 11 (Enero 2014): Marta Hernández Álvarez. "La trata de personas en el derecho penal. Derecho internacional, comparado y español"
- No. 12 (Junio 2014): Martín Eduardo Pérez. "Los sicarios en México y América Latina. Empleo y paradigma social"
- No. 13 (Octubre 2015): Cristina Bernal Álvarez, "Transparencia Fiscal Internacional"
- No. 14 (Octubre 2015): José David Lorrio González, "Las reglas de subcapitalización y limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en la legislación española"

Todas las publicaciones están disponibles en la página Web del Instituto: www.ielat.es

© Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT)

Los papeles de discusión son un espacio de debate para investigadores que deseen exponer los resultados de sus trabajos académicos conectados con las líneas de investigación prioritarias del IELAT. Cada uno de ellos ha sido seleccionado y editado por el IELAT tras ser aprobado por la Comisión Académica correspondiente.

Desde el IELAT animamos a que estos documentos se utilicen y distribuyan con fines académicos indicando siempre la fuente. La información e interpretación contenida en los documentos son de exclusiva responsabilidad del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del IELAT.

Instituto de Estudios
Latinoamericanos
Colegio de Trinitarios
C/Trinidad 1 – 28801
Alcalá de Henares (Madrid)
España
34 – 91 885 2579
ielat@uah.es
www.ielat.es

P.V.P.: 20 €

Con la colaboración de:

